ЮРИДИЧНИЙ НАУКОВИЙ ЕЛЕКТРОННИЙ ЖУРНАЛ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ
ФАХОВЕ ВИДАННЯ

www.lsej.org.ua

3' 2016

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

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 3, 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

УДК 34(05)
ББК 67я5

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

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Коломоєць 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 № 12 від 21 червня 2016 р.

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Бахновська І.П., Коваль Д.О. СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ 10

Бутирін Є.О. КРИТИКА ЗЕМСЬКИХ ДІЛЬНИЧНИХ НАЧАЛЬНИКІВ ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ 13

Кучук А.М. ПРАВОРОЗУМІННЯ (РОЗУМІННЯ ПРАВА): ГНОСЕОЛОГІЧНІ ЗАСТОРОГИ....18

Половинкіна Р.Ю. СПАДКОВІ ПРАВА ЖЕРТВ ПОЛІТИЧНИХ РЕПРЕСІЙ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ В УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ 21

Сердюк І.А. ВЖИВАННЯ ТЕРМІНІВ «ПРАВОВИЙ АКТ» І «ЮРИДИЧНИЙ АКТ» У СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ 24

Старов А.В. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СУТНІСНИХ ОЗНАК ГЛОБАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ....28

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО, МАНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Барліт А.Ю. ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУЦІЇ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ УЧАСНИКІВ НАВЧАЛЬНО-ВИХОВНОГО ПРОЦЕСУ («ШКІЛЬНОГО ОМБУДСМЕНА») ЯК ДІЄВОГО МЕХАНІЗМУ ПОДОЛАННЯ БУЛЛІНГУ В ОСВІТНЬОМУ СЕРЕДОВИЩІ....32

Роговенко О.В. КРИТЕРІЇ ПРОВЕДЕННЯ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ 35

Ярема Н.І. ЛІКВІДАЦІЯ ВИЩИХ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ СУДІВ ЯК ЛАНКИ СУДОВОЇ СИСТЕМИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ 38

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Горобець Н.О. ОСОБИСТЕ ЖИТТЯ: ТАЄМНИЦЯ ЧИ ПОВАГА? 42

Гресь Н.М. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА КОНТАКТ ТА СПІЛКУВАННЯ З ДИТИНОЮ ПРИ ОКРЕМОМУ ПРОЖИВАННІ БАТЬКІВ 44

Денисяк Н.М. ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСІВ В НІМЕЧЧИНІ....47

Діденко Л.В. ОСОБЛИВОСТІ ЗМІСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН 49

Донцов Д.Ю. ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ В СПАДКОВИХ ВІДНОСИНАХ....51

Дьордяй В.П., Бєлов Д.М. ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ВЛАСНИКАМИ ЖИТЛОВИХ ТА НЕЖИТЛОВИХ ПРИМІЩЕНЬ БАГАТОКВАРТИРНИХ БУДИНКІВ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНОЇ РЕФОРМИ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ 54

Мельник О.О. ЗВІЛЬНЕННЯ БОРЖНИКА ВІД ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У РАЗІ НЕМОЖЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ....57

Сигидин М.М. ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ 61

Ставицький В.А. СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ДОГОВОРУ ПРО ПОРЯДОК ВОЛОДІННЯ ТА КОРИСТУВАННЯ СПІЛЬНИМ НЕРУХОМИМ МАЙНОМ 65

Цірат К.Г. LEX MERCATORIA В ЯКОСТІ ОБРАНОГО ПРАВА У МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРАХ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ....68

РОЗДІЛ 4
ТРУДОВЕ ПРАВО

Грекова М.М. МЕХАНІЗМ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ТРУДОВИХ СТАНДАРТІВ 72

Жукова А.І. ПРОЯВ ФУНКЦІЙ ТРУДОВОГО ПРАВА У СФЕРІ ТУРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 77

Мединська Л.В. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 80

Островерх А.М. РОЗВИТОК СИСТЕМИ ГАРАНТІЙНИХ ВИПЛАТ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА 83

РОЗДІЛ 5
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Гаркуша В.В. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПАТРУЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ В СИСТЕМІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ 86

Євтушенко І.В. ДОСВІД ДІЯЛЬНОСТІ СИЛ ОХОРОНИ ПРАВОПОРЯДКУ ТА МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ З ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ НА ТЕРИТОРІЇ КРАЇН ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ 88

Кучма К.С. ПРАВОВА ОСНОВА НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ ЕКОЛОГІЇ ТА ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ 92

Лебедєва А.В. СТАН ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СФЕРИ ЕНЕРГОЕФЕКТИВНОГО ОСВІТЛЕННЯ В УКРАЇНІ 96

Литвин І.І. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ 98

Молчанов Р.Ю. ПОВНОВАЖЕННЯ ПАТРУЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ 101

Борсук С.С., Рєзнік О.М. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ФІКСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ 104

Сикал М.М., Ткаченко О.Г. ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «КОНТРОЛЬ» І «НАГЛЯД» ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ 108

Товкун Л.В. ОКРЕМІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ 111

Фокша Л.В. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ЗМІСТ МІСЦЕВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ 114

Цой В.К. ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ В АУДИТОРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ 118

Якубовський Р.В. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА 121

РОЗДІЛ 6
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Веселов М.Ю., Заремба Т.С., Олешицька В.Е. ІНСТИТУТ ІМУНІТЕТУ СВІДКА В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ 124

Коробка О.С. ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВОДІЇВ, ЩО ВЧИНИЛИ ДТП У СТАНІ АЛКОГОЛЬНОГО СП'ЯНІННЯ 128

Кревсун О.М. ПЕРЕВЕДЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ У МЕЖАХ ОДНІЄЇ ВИПРАВНОЇ КОЛОНІЇ. НАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 131

Тарасова М.В. ПЕРЕХІД ДО ОДИНОЧНОГО УТРИМАННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ЯК ОДИН ІЗ АКТУАЛЬНИХ НАПРЯМІВ РЕФОРМУВАННЯ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ 134

Тувакліева М.М. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЗМІНИ ПОРЯДКУ ЗАРАХУВАННЯ СУДОМ СТРОКУ ПОПЕРЕДНЬОГО УВ'ЯЗНЕННЯ У СТРОК ПОКАРАННЯ....136

Федотова Г.В. ЗАСАДИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ В УМОВАХ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ 139

Ходарєва В.І. ПИТАННЯ МАЛОЗНАЧНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ 142

РОЗДІЛ 7
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Динту В.А. ОБСТАНОВКА ЗЛОЧИНУ ЯК ДЖЕРЕЛО ДОКАЗОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ 146

Ільченко О.В. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСТАВИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 150

Кислюк Р.Л., Ковальова Р.Я. ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ПРОВЕДЕННЯ ОСВІДУВАННЯ ТА ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВО-МЕДИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗҐВАЛТУВАНЬ...153

Мельник Р.В., Голдинський І.А. МЕХАНІЗМ УТВОРЕННЯ СЛІДІВ НА КУЛЯХ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ПОСТРІЛІВ 156

Смирнов М.І. ФУНКЦІОНАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРОРА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 159

Степанов О.С., Сольонова О.О. ПРЕДМЕТ ПОКАЗАНЬ ПОТЕРПІЛОГО, ОСОБЛИВОСТІ ЇХ ПЕРЕВІРКИ 163

РОЗДІЛ 8
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Божков В.В. ПОНЯТТЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА 167

Волошина Л.О. ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ СТРАХУВАННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 171

Святоцька В.О. ЕТИЧНІ (ДЕОНТОЛОГІЧНІ) ЗАСАДИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄС 174

РОЗДІЛ 9
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Андрейків А.І. РОЛЬ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ В ПРАКТИЦІ ОРГАНІВ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ 178

Денисенко С.І. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА В УМОВАХ СУЧАСНИХ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ 182

Забара І.М. МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІДНОСИНИ – ОСНОВА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ(ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ) 185

Стаценко А.В. РЕФОРМА УКРАЇНСЬКОЇ ПОЛІЦІЇ: АМЕРИКАНСЬКИЙ ДОСВІД....188

РОЗДІЛ 10
ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Гайворонюк Н.В. СУЧАСНІ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОРОЗУМІННЯ І ПРОБЛЕМА ІДЕНТИЧНОСТІ 191

Олексюк М.М. ДЕТЕРМІНАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ У ДИСКУРСІ ЗАРУБІЖНОЇ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ 194

CONTENTS

SECTION 1
THEORY AND HISTORY OF LAW

Bakhnovska I.P., Koval D.O. STATE AND PROSPECTS OF FORMATION OF CIVIL SOCIETY IN UKRAINE....10

Butyrin Ye.O. CHIEF'S OF THE ZEMSKY DISTRICT CRITICISM DURIN THE REALIZATION OF THE JUDICIARY....13

Kuchuk A.M. CONCEPTION OF LAW (UNDERSTANDING OF LAW): GNOSIOLOGICAL LAPSUS LINGUAE....18

Polovynkina R.Iu. INHERITANCE RIGHTS OF VICTIMS OF POLITICAL REPRESSIONS OF THE SOVIET PERIOD IN UKRAINE: HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS....21

Serdiuk I.A. «LEGAL ACT» AND «JURIDICAL ACT» TERMS USAGE IN MODERN LEGAL SCIENCE....24

Starov A.V. THEORETIC AND LEGAL ANALYSIS OF THE ESSENTIAL FEATURES GLOBAL LEGAL SYSTEM: SOME QUESTIONS....28

SECTION 2
CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

Barlit A.Yu. THE IMPLEMENTATION OF THE COMISSIONER FOR THE RIGHTS OF EDUCATIONAL PROCESS PARTICIPANTS («SCHOOL OMBUDSMAN») AS AN EFFECTIVE MECHANISM FOR OVERCOMING THE PROBLEM OF BULLYING IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT....32

Rohovenko O.V. DECENTRALIZATION CRITERIA OF UKRAINE....35

Yarema N.I. ELIMINATION OF HIGH SPECIALIZED COURTS AS A PART OF THE JUDICIAL SYSTEM: ISSUES AND SOLUTIONS....38

SECTION 3
CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Horobets N.O. PERSONAL LIFE: THE MYSTERY OR RESPECT?....42

Hres N.M. THE RIGHT TO CONTACT AND COMMUNICATION WITH THE CHILD AT SEPARATION PARENTS....44

Denysiak N.M. SOME ASPECTS OF NOTARY IN GERMANY....47

Didenko L.V. FEATURES OF THE CONTENT OF CIVIL PROCEDURE LEGAL RELATIONSHIPS....49

Dontsov D.Yu. PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS OF SPOUSES IN HEREDITARY RELATIONS....51

Dordiai V.P., Bielov D.M. PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF THE RIGHT OF PROPERTY BY OWNERS OF RESIDENTIAL AND NON-RESIDENTIAL PREMISES OF APARTMENT BUILDINGS IN THE CONTEXT OF MODERN HOUSING REFORM: NORMATIVE LEGAL ANALISYS....54

Melnyk O.O. DEBTOR'S RELEASE FROM LIABILITY IN THE CASE OF IMPOSSIBILITY OF PERFORMANCE OF THE CONTRACTUAL OBLIGATION....57

Syhydyn M.M. THE PECULIARITIES OF THE CONCLUSION OF A CORPORATE AGREEMENT....61

Stavytskyi V.A. SUBJECT COMPOSITION OF AGREEMENT ON POSSESSION AND USE OF JOINT IMMOVABLE PROPERTY....65

Tsirat K.H. LEX MERCATORIA AS THE APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS: CONTEMPORARY STATE AND PROSPECTS....68

SECTION 4
LABOR LAW

Hrekova M.M. MECHANISM OF NATIONAL IMPLEMENTATION
OF INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS.....72

Zhukova A.I. THE DEMONSTRATION OF FUNCTIONS OF LABOR LAW
IN SPHERE OF TOURISM.....77

Medynska L.V. LEGAL REGULATION OF LABOUR FOR MINORS UNDER THE LAW OF UKRAINE...80

Ostroverkh A.M. DEVELOPMENT OF A SYSTEM OF GUARANTEE PAYMENTS
IN THE CONTEXT OF LABOR LAW REFORM.....83

SECTION 5
ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

Harkusha V.V. ADMINISTRATIVE AND LEGAL STATUS PATROL POLICE
IN THE NATIONAL POLICE.....86

Yevtushenko I.V. EXPERIENCE OF FORCE LAW ENFORCEMENT
AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS WITH THE SETTLEMENT
OF THE ARMED CONFLICTS IN THE POST-SOVIET COUNTRIES.....88

Kuchma K.S. THE LEGAL FRAMEWORK OF THE PROVISION OF ADMINISTRATIVE
SERVICES IN THE FIELD OF ECOLOGY AND NATURAL RESOURCES.....92

Lebedieva A.V. STATUS OF LEGISLATIVE PROVISION
IN ENTRGY-EFFICIENT LIGHTING OF UKRAINE.....96

Lytvyn I.I. ADMINISTRATIVE AND LEGAL FRAMEWORK OF EDUCATIONAL INSTITUTIONS.....98

Molchanov R.Yu. PATROL POLICE POWERS FOR THE IMPLEMENTATION
OF ADMINISTRATIVE AND JURISDICTIONAL ACTIVITY IN THE FIELD OF ROAD SAFETY.....101

Borsuk S.S., Rieznik O.M. PROBLEMATIC ISSUES OF ADMINISTRATIVE
PROCEDURE RECORDING.....104

Sykal M.M. QUESTION DISTINCTION BETWEEN «CONTROL» AND «SUPERVISION»
OVER THE STATE PENAL SERVICE OF UKRAINE.....108

Tovkun L.V. CERTAIN LEGAL ASPECTS OF TRANSFER PRICING IN UKRAINE.....111

Foksha L.V. THEORETICAL AND LEGAL CONTENTS OF LOCAL BORROWING.....114

Tsoi V.K. PECULIARITIES OF FINANCIAL MONITORING IN AUDITING.....118

Yakubovskyi R.V. ADMINISTRATIVE LEGAL STATUS OF THE CENTRAL
ANTI-CORRUPTION BUREAU REPUBLIC OF POLAND.....121

SECTION 6
CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

Veselov M.Iu., Zaremba T.S., Oleshytska V.E. INSTITUTE IMMUNITY WITNESSES
IN CRIMINAL PROCEDURE LAW.....124

Korobka O.S. FEATURES OF THE CRIMINAL LIABILITY OF DRIVERS
WHO COMMITTED TRAFFIC ACCIDENT WHILE INTOXICATED.....128

Krevsun O.M. THE TRANSFER OF PRISONERS WITHIN THE SAME
CORRECTIONAL COLONY. TOPICAL ISSUES OF LEGAL REGULATION.....131

Tarasova M.V. TRANSITION TO SOLITARY CONFINIMENT AS ONE OF THE ACTUAL TRENDS
IN REFORMING THE PENITENTIARY SYSTEM OF UKRAINE.....134

Tuvakliieva M.M. CRIMINAL LAW CONSEQUENCES OF CHANGING
THE PROCEDURE OF ENROLLMENT OF PRE-TRIAL DETENTION IN CUSTODY PERIOD
IN THE TERM OF PUNISHMENT.....136

Fedotova H.V. FUNDAMENTALS INTRODUCTION CRIMINAL OFFENSES
UNDER SUSTAINABLE DEVELOPMENT UKRAINE.....139

Khodarieva V.I. Khodarieva V.I. THE QUESTION OF INSIGNIFICANCE IN CRIMINAL LAW.....142

SECTION 7
CRIMINAL PROCESS AND FORENSIC SCIENCE; FORENSIC EXAMINATION; OPERATIVELY-SEARCH ACTIVITY

Dyntu V.A. CRIME SITUATION AS A SOURCE OF EVIDENTIARY INFORMATION.....146

Ilchenko O.V. URRENT ISSUES ON BAIL IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....150

Kysliuk R.L., Kovalova R.Ya. FEATURES OF TACTICS OF EXAMINATION
AND FORENSIC MEDICAL EXAMINATION IN INVESTIGATION OF RAPE.....153

Melnyk R.V., Holdynskyi I.A. THE MECHANISM OF FORMATION
OF TRACES OF BALLETS DURING SHOTS.....156

Smyrnov M.I. FUNCTIONAL ORIENTATION OF THE PROSECUTOR
IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....159

Stepanov O.S., Solonova O.O. THE SUBJECT OF TESTIMONIES OF THE VICTIM,
FEATURES OF THEIR VERIFICATION.....163

SECTION 8
JUDICIARY; PROSECUTION AND ADVOCACY

Bozhkov V.V. THE CONCEPT OF DISCIPLINARY LIABILITY OF ATTORNEY.....167

Voloshyna L.O. THE PROSPECTIVES OF INTRODUCTION IN UKRAINE
THE INSURANCE OF LAWYER ACTIVITY.....171

Sviatotska V.O. ETHICAL (DEONTOLOGICAL) PRINCIPLES
OF THE PROFESSION OF LAWYER UKRAINE AND THE EU.....174

SECTION 9
INTERNATIONAL LAW

Andreikiv A.I. THE ROLE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW
IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....178

Denysenko S.I. ACTUAL PROBLEMS INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW
IN TODAY ARMED CONFLICT.....182

Zabara I.M. INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS – BASIS OF INTERNATIONAL
LEGAL ORDER (THEORETICAL ASPECTS).....185

Statsenko A.V. UKRAINIAN POLICE REFORM: THE AMERICAN EXPERIENCE.....188

SECTION 10
PHILOSOPHY LAW

Haivoroniuk N.V. PHILOSOPHICAL CONCEPTUALIZATION
OF LAW COMPETANCE AND PROBLEM OF IDENTITY.....191

Oleksiuk M.M. DETERMINATION OF RESPONSIBILITY AND PUNISHMENT
IN THE DISCOURS OF FOREIGN PHILOSOPHICAL AND LEGAL THOUGHT.....194

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.116

СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

STATE AND PROSPECTS OF FORMATION OF CIVIL SOCIETY IN UKRAINE

Бахновська І.П.,
к.ю.н.

Коваль Д.О.,
здобувач
Вінницький торговельно-економічний інститут
Київського національного торговельно-економічного університету

Стаття присвячена аналізу сутності громадянського суспільства з метою обґрунтування їх місця та ролі в сучасній Україні, розвитку та перспективам громадянського суспільства в умовах тісної взаємодії з державою. Досліджено сутність громадянського суспільства та розглянуті теоретичні моделі взаємодії громадянського суспільства і держави. Визначено, що держава має здійснювати розвиток громадянського суспільства шляхом поєднання українського та європейського досвіду.

Ключові слова: політична культура, громадянське суспільство, політична основа громадянського суспільства, громадські організації.

Статья посвящена анализу сущности гражданского общества с целью обоснования их места и роли в современной Украине, развитию и перспективам гражданского общества в условиях тесного взаимодействия с государством. Исследована сущность гражданского общества и рассмотрены теоретические модели взаимодействия гражданского общества и государства. Определено, что государство должно осуществлять развитие гражданского общества путем объединения украинского и европейского опыта.

Ключевые слова: политическая культура, гражданское общество, политическая основа гражданского общества, гражданские организации.

This article analyzes the nature of civil society in order to justify their place and role in modern Ukraine, development and perspectives of civil society in close cooperation with the state. The essence, civil society, and theoretical models of interaction between civil society and the state. It is determined that the state must implement the development of civil society by combining Ukrainian and European experience.

Noted that the essence of civil society consists primarily in ensuring human rights. Identity in civil society is guaranteed by law the right of choice of various forms of economic, social and other activities, the selection of a particular ideology, worldview and the like. Civil society is a totality of social relations (economic, social, spiritual), formal and informal structures that meet the needs and realize the interests of individuals or groups, corresponding to the achieved level of social development.

Key words: political culture, civil society, citizenship, political basis of civil society, civil organizations.

В демократичній державі зростає вагомість інноваційних ідей, ініціативи громадян при прийнятті владою рішень, тобто посилюється роль інститутів громадянського суспільства. Розширення участі інститутів громадського суспільства в процесах прийняття владних рішень щодо задоволення нагальних потреб громадян у різних сферах суспільного життя дозволяє сподіватися на утвердження в нашій державі демократичного громадянсько-публічного урядування.

У зв'язку з цим значно зріс науковий інтерес до дослідження проблем теорії і практики громадянського суспільства. Це пов'язано, по-перше, зі спробами західних учених запропонувати загальні рамки теорії громадянського суспільства; по-друге, з необхідністю узагальнення досвіду становлення інститутів громадянського суспільства і демократичної держави в країнах Східної Європи.

Вагомий внесок у розвиток теорії та практики державного управління в Україні, розробку науково-теоретичних засад суспільної організації зробили такі українські науковці: В. Бакуменко, В. Безродна, А. Брегеда, Н. Нижник, В. Нікітін, В. Піча, Ф. Рудич, В. Степаненко та ін.

Розв'язанню проблеми взаємовідносин органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадськості, дослідженню наукових підходів щодо форм та методів співпраці органів влади та інститутів громадянського суспільства присвятили роботи: О. Бабінова, Т. Бутирська, В. Мартиненко, О. Скрипнюк та ін.

Важливого значення для вирішення проблем, пов'язаних із функціонуванням громадянського суспільства, набувають роботи таких зарубіжних дослідників, як: Е. Арато, Д. Коен, Т. Кузьо, В. Лєдяєв, І. Мерсіянова, А. Рамонайте, О. Сунгуров, Л. Якобсон, О. Цисарж та ін.

Метою статті є розгляд наявних теоретичних моделей взаємодії громадянського суспільства і держави та з'ясування їх практичного демократичного потенціалу; аналіз розвитку громадянського суспільства в умовах тісної взаємодії з державою.

Для реалізації мети потрібно розв'язати наступні завдання. По-перше, розкрити суть громадянського суспільства, а також роль держави в процесі взаємодії з громадянським суспільством. По-друге, проаналізувати типові моделі взаємозв'язку «громадянське суспільство – держава», зокрема, з'ясувати особливості впливу державної влади на громадянське суспільство і визначити, за яких умов такий вплив може бути позитивним або негативним. Також необхідно окреслити змістові межі автономії громадянського суспільства щодо держави в контексті її демократичного устрою.

Сутність громадського суспільства полягає передусім у забезпеченні прав людини. Особистість у громадянському суспільстві має гарантоване законами право вибору різноманітних форм економічної, соціальної та іншої діяльності, право вибору певної ідеології, світогляду тощо.

Економічною основою громадянського суспільства є відносини ринкового характеру, зокрема різноманітні

форми власності, особливо приватної. Наявність власності в громадянина спонукає його до ділової активності та плідної роботи, стає умовою свободи особистості в суспільстві.

Політична основа громадянського суспільства – це демократична правова держава, що забезпечує кожному громадянинові можливість узяти участь у державних та громадських справах. У демократичній правовій державі абсолютно неприпустимою є будь-яка дискримінація за національно-етнічними, політичними, релігійними та іншими ознаками. Як характерну ознаку такої держави можна назвати можливість вільного самовизначення людини щодо світоглядних та духовних уподобань, гарантії життя та безпеки людини, усебічний захист прав людини з боку судових органів та громадських організацій.

Соціальним підґрунтям громадянського суспільства стає суспільство з динамічною соціальною структурою, яка весь час розвивається та вдосконалюється. Щодо духовного життя, характерною ознакою громадянського суспільства можна вважати високий розвиток освіти, науки, мистецтва, індивідуальний вибір культурних цінностей. Культурно-політичний плюралізм сприяє реалізації різнопланових духовних інтересів людей і стає важливою умовою розвитку й удосконалення такого суспільства.

Відомий український правник і політолог, Б. Кістяківський, підкреслював взаємозалежність, взаємну обумовленість правової держави і громадянського суспільства. Він вважав, що правильне і нормальне справляння державних функцій у правовій державі залежить від самодіяльності суспільності і народних мас. Без активного ставлення до правового порядку і державних інтересів, що виходить із надр самого народу, правова держава немислима. На його думку, так само й громадянське суспільство не можливе без правової держави, яка «неодмінно передбачає широкі громадянські та народні організації, завдяки яким зростає і її власна організованість».

А. Карась наводить такі основні інтерпретації поняття громадянського суспільства: сукупність неурядових, громадських організацій («третього сектору»); ядро громадянського суспільства; відносно незалежна від державного втручання соціальна структура; система інститутів, асоціацій і взаємодій, що здатні впливати на політичний процес у державі; уся позаполітична чи позадержавна сфера суспільного життя; система горизонтальних зв'язків між індивідами, які створюють солідарні і субсидіарні норми суспільної дійсності, що є підставою антикорупційної ідентифікації населення і перетворення його на свідомих громадян; сукупність свідомих і активних громадян з високими моральними нормами і громадянською відповідальністю; суспільна форма дискурсивних практик (або «символічного світу»), в основі якої нарощуються значення громадянської культури населення та демократичні цінності.

Варто зауважити, що практично кожна з цих інтерпретацій позначає окремий філософський і політологічний підхід і спеціальну пізнавальну методологію аналізу проблем громадянського суспільства. Це – послідовно до вищенаведеного переліку: організаційний підхід; стратифікаційний аналіз; інституційний підхід; нормативно-ціннісний підхід та теорія комунікації тощо. Можливе застосування також інших методологічних підходів і, відповідно, – отримання іншого бачення проблем громадянського суспільства. Очевидно, що в теорії отримуємо аналогічну практиці громадянського суспільства толерантність і взаємодоповнюваність різних методологій і підходів.

Формування в Україні громадянського суспільства відбувається досить повільно. Причиною такого повільного його розвитку є те, що частина суспільства просто не усвідомлює необхідність демократичних реформ, а інша значна частина тяжіє до повернення тоталітарного управління радянського зразка. Країни Західної Європи, на відмінну від нашої держави, вже пройшли цей процес значно раніше.

Громадянське суспільство повинно базуватися на таких принципах: економічний і політичний плюралізм; особиста свобода; публічність і загальна поінформованість; справедливість і суворе дотримання законів; верховенство права в усіх сферах суспільного життя; відповідальність перед законом як державних органів, так і громадських організацій та громадян; підзаконність державної влади, обмеженість сфери її діяльності, невтручання держави у справи громадянського суспільства; охорона державою невід'ємних природних прав людини та громадських свобод, що з них випливають; визнання пріоритетності прав та інтересів особи, непорушності її честі та гідності, гарантування умов для їх захисту; рівність закону для всіх і рівність усіх перед законом; взаємна відповідальність держави і особи, правова відповідальність офіційних осіб за дії, які вони чинять від імені держави; поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову, їх взаємна урівноваженість і відкритість; незалежність судів та суддів, наявність ефективної системи захисту; наявність ефективних форм контролю за дотриманням законів та інших нормативно-юридичних актів.

Характеризуючи становище громадянського суспільства в сучасній Україні, варто зазначити, що для нашого суспільства характерною є маргіналізація громадського життя. Так, за декілька останніх років значна частина громадян взяла участь у страйках, демонстраціях. При чому участь людей у зазначених громадських акціях пов'язана насамперед із соціальними проблемами (невиплата заробітної плати, пенсій тощо). Крім того, після Помаранчевої революції 2004 року багато українських громадян зневірилися у політиках, а тому, якщо і беруть участь у акціях на підтримку того чи іншого політичного діяча, то лише за певну винагороду. Таким чином, залишається низька активність громадян у громадському житті, що негативно впливає на становлення демократичного суспільства [1].

Значні проблеми виникають і у зв'язку із домінуванням авторитарного принципу формування владних інституцій, який відображається і на створенні громадських організацій. Мабуть всім відомі випадки добровільно-примусового вступу до профспілок або інших громадських утворень.

Країни Західної Європи, громадянське суспільство яких вже перебуває на значно вищому етапі розвитку, законодавчо врегулювали європейські стандарти громадянського суспільства [2].

Ми вважаємо, для того, щоб зменшити негативні тенденції у процесі становлення українського громадянського суспільства, доцільно здійснити такі заходи:

1) провести моніторинг діяльності об'єднань громадян на предмет їх ефективності та ліквідувати ті з них, які не працюють;

2) п. 2 ст. 6 Закону України «Про основи національної безпеки України» викласти у такій редакції: «розвиток громадянського суспільства, його демократичних інститутів, шляхом зменшення впливу авторитарних методів управління»;

3) спрощення процедури реєстрації об'єднань громадян.

Щороку відбувається зростання громадських, організацій політичних партій в Україні [3].

В демократичній державі розуміння громадянського суспільства повинно виходити аж за рамки його інституцій як такого стану суспільства, в якому вільно реалізуються основоположні права і свободи людини і громадянина через різноманітні форми публічної громадської активності та самоорганізації.

Держава і громадянське суспільство в рамках демократичного устрою зацікавлені в діалозі та партнерстві, підвищенні ефективності взаємодії. Без розвиненого гро-

мадянського суспільства, зокрема без створення належних умов для забезпечення свободи думки і слова, вільного вираження поглядів і переконань, свободи об'єднань, свободи зборів, участі громадян в управлінні державними справами та місцевому самоврядуванні, держава не створить можливостей для забезпечення функціонування різних моделей демократії участі, що у поєднанні з безпосередньою та представницькою демократією є умовою успішної модернізації, європейської інтеграції та сталого розвитку.

Для покращення розвитку громадянського суспільства в Україні на сьогодні є необхідним:

– сприяння встановленню максимальної відкритості, прозорості та підзвітності суспільству органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування;

– зростання соціального капіталу для підвищення рівня взаємодовіри та взаємодії у суспільстві;

– створення сприятливих умов для утворення та функціонування інститутів громадянського суспільства;

– забезпечення участі інститутів громадянського суспільства у формуванні та реалізації державної, регіональної політики, зокрема, шляхом створення умов для забезпечення широкого ефективного представництва інтересів громадян в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування, проведення регулярних консультацій (діалогу) із громадськістю з найважливіших питань життя суспільства і держави;

– запровадження громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, посилення впливу інститутів громадянського суспільства на прийняття управлінських рішень та їх реалізацію;

– сприяння благодійній, волонтерській діяльності, іншим формам громадської активності та громадянської культури [4].

На нашу думку, розбудова громадянського суспільства в Україні має орієнтуватися на європейські стандарти забезпечення та захисту прав і свобод людини, зокрема впровадження практики належного врядування, доброчесності, відкритості, прозорості та підзвітності інститутів влади, створення умов для різноманіття суспільних інтересів, у тому числі економічних, екологічних, соціальних, культурних, релігійних, територіальних тощо, і форм їх вираження (громадські ініціативи, суспільні рухи, асоціації, об'єднання).

Відтак, головними ознаками громадянського суспільства є:

– динамічна соціальна структура суспільства, яка перебуває в постійному розвитку і є відокремленою від держави;

– ринкові економічні відносини, які формують демократичну політичну систему, де правова, демократична держава стає породженням громадянського суспільства;

– забезпечення вільного виявлення, реалізації численних та різнобічних інтересів громадян;

– забезпечення сфери особистого, повсякденного життя людей на відміну від держави як втілення умовного, формального життя;

– пріоритет громадянських прав особистості та повага до державних законів.

Нині самоорганізація громадянського суспільства в Україні виявляється в діяльності різноманітних організацій у економічній, соціальній та духовній сферах. Так, в економічній сфері такими організаціями є приватні колективи, підприємства, кооперативи, різні асоціації, корпорації. У соціальній – сім'ї, громадські організації, органи самоврядування. У духовній – самостійні творчі та наукові об'єднання тощо. Обов'язковими є також вивчення громадської думки, практика розв'язання соціальних конфліктів цивілізованим шляхом, можливість вільно висловлювати свої думки.

Громадянське суспільство є сукупністю суспільних відносин (економічних, соціальних, духовних), формальних та неформальних структур, які задовольняють потреби й реалізують інтереси індивідів або груп, що відповідають досягнутому рівню суспільного розвитку.

Дослідження взаємодії держави і громадянського суспільства повинно виходити як на перспективи розвитку кожного елементу взаємодії, так і на проблему гармонізації їх взаємовідносин. Розвиток держави, і, в першу чергу, політичної системи, багато в чому залежить від паралельного розвитку інститутів громадянського суспільства. В останні роки виявився факт недосконалості, «недооформлення» політичної системи і судової влади, а також інститутів громадянського суспільства в Україні. Недостатньо динамічний розвиток інститутів держави і громадянського суспільства посилює стагнацію політичного і духовного життя в країні, стримує реалізацію прав і свобод людини.

Із усього вище зазначеного можна зробити висновок, що громадянське суспільство у країнах Західної Європи перебуває на значно вищому щаблі розвитку, ніж в Україні. Тому держава має здійснювати процес його створення шляхом поєднання українського та європейського досвіду.

Як ми розуміємо, громадянське суспільство в Україні має перспективи помітного свідомого розвитку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Колодій А. Громадянська нація : сутність, шляхи і стадії її формування в Україні / А. Колодій // Народознавчі зошити [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cc.bingj.com/cache.aspx?q=%22.

2. Горленко В. В. Стан розвитку громадянського суспільства в Україні та в країнах Західної Європи / В. В. Горленко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://narodna.pravda.com.ua/discussions/4c2a0fa074030/.

3. Організації громадянського суспільства в Україні : правда, брехня та державна статистика // Громадянське суспільство. – 2011. – № 2 (16). – С. 161.

4. Ставнійчук М. Дефіцити демократії може покрити лише активне громадянське суспільство / М. Ставнійчук / Дзеркало тижня. Україна. – 2012. – № 12. – С. 241.

УДК 340.1

КРИТИКА ЗЕМСЬКИХ ДІЛЬНИЧНИХ НАЧАЛЬНИКІВ ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ

CHIEF'S OF THE ZEMSKY DISTRICT CRITICISM DURIN THE REALIZATION OF THE JUDICIARY

Бутирін Є.О.,
к.ю.н., доцент кафедри загальноправових дисциплін
Донецький державний університет управління

У статті проведено в історико-правовому аспекті комплексне дослідження процесу запровадження посади земських дільничних начальників як адміністративного інституту та його подальшого розвитку. Автор робить висновок, що необхідність запровадження інституту земських дільничних начальників обумовлена потребами планомірного завершення селянської реформи. На підставі проведеного дослідження стверджується, що діяльність земських начальників мала різні напрями й була ефективною та корисною, а сам інститут земських дільничних начальників був важливою складовою державного механізму вирішення багатьох питань у сфері державного управління та зарекомендував себе позитивно в особливих умовах – у період революції 1905–1907 років та у період Першої світової війни.

Ключові слова: інститут земських дільничних начальників, адміністративна реформа, адміністративні та судові повноваження.

В статье проведено в историко-правовом аспекте комплексное исследование процесса введения должности земских участковых начальников как административного института и его дальнейшего развития. Автор делает вывод, что необходимость введения института земских участковых начальников обусловлена потребностями планомерного завершения крестьянской реформы. На основании проведенного исследования утверждается, что деятельность земских начальников имела различные направления и была эффективной и полезной, а сам институт земских участковых начальников был важной составляющей государственного механизма решения многих вопросов в сфере государственного управления и зарекомендовал себя положительно в особых условиях – в период революции 1905–1907 годов и в период Первой мировой войны.

Ключевые слова: институт земских участковых начальников, административная реформа, административные и судебные полномочия.

The complex research in a historical-legal aspect of becoming process of the zemsky district chiefs' post as an administrative institute and its further development is carried out in dissertation. Author makes conclusion that necessity of the institution of institute of the zemsky district chiefs conditioned requirements of regular completion of peasant reform. On the basis of the conducted research there is stated that activity of zemsky chiefs had different directions and was efficient and useful and the institute of the zemsky district chiefs was important component at the state mechanism of deciding many questions in the sphere of state administration and proved itself positively at special conditions – at revolution period 1905–1907 years and at period of the Firs world war, being main guide of tsar's government policy in village.

Key words: institute of zemsky district chiefs, administrative reform, administrative and judicial plenary powers.

Останнім часом як у російській, так і в українській історіографії збільшився інтерес до питань, пов'язаних зі створенням і функціонуванням у Російській імперії інституту земських дільничних начальників. Серед новітніх досліджень можна назвати дисертаційні праці Н. А. Бузанової, О. Н. Богатирьової, А. В. Ващенко, М. М. Гур'янова, К. Ю. Хорошуна, А. В. Звонцової та ін.

Увага до зазначеної проблеми обумовлена насамперед пошуками найефективніших форм і методів регіонального управління та місцевого самоврядування. Звернення до революційної практики управління на місцях, її ретельне вивчення сприятимуть розв'язанню багатьох сучасних проблем, допоможуть уникнути нових помилок та втрат. У процесі дослідження необхідно звернути увагу на критику земських начальників під час реалізації судової влади.

Як особливий тип місцевих органів управління інститут земських дільничних начальників було запроваджено за часів реформ Олександра III. Зазначений інститут слід розглядати як закономірне явище, що випливає з проблем, пов'язаних зі скасуванням кріпосного права. Після реформ 1861 року кріпосна община як низовий осередок державного управління набула фактичної автономності (це стало надто очевидно після скасування інституту мирових посередників). Отже, був відсутнім ефективний контроль і нагляд із боку держави за нормальним функціонуванням місцевого самоврядування стосовно великої кількості практично безграмотного та політично незрілого селянства, внаслідок чого траплялися численні факти свавілля сільських і волосних посадових осіб, хабарництва й кумівства у волосному суді.

Відомо, що навколо законопроекту «Про земських дільничних начальників» в урядових колах розгорнулася серйозна боротьба. Після тривалих дебатів у Державній Раді без урахування думки більшості її членів за резолюцією Олександра III 12 липня 1889 року було прийнято Положення «Про земських дільничних начальників» (далі – Положення).

Слід зазначити, що після опублікування Положення «Про земських дільничних начальників» на його адресу надійшло багато критики з боку юристів, учених, публіцистів. Практично вся критика була пов'язана із судовою діяльністю земських начальників. Навіть уже в XX столітті письменник О. І. Солженіцин у своєму творі «Архіпелаг ГУЛАГ» так само не обминув критикою судову діяльність земських начальників [1, с. 266].

Отже, визначимо основні напрями цієї критики.

1. Поєднання судових та адміністративних повноважень земських дільничних начальників перешкоджало ефективному здійсненню правосуддя.

Питання про поєднання в особі земських начальників судової та адміністративної влади над селянським населенням було предметом розбіжностей у суспільстві, пресі й серед державних діячів ще до запровадження інституту земських начальників у процесі розроблення проектів Закону про земських начальників. Саме наділення земських начальників судовими функціями й скасування мирових судів викликали найбільш запеклі суперечки в урядових колах. Скасування системи мирових судів, запровадженої судовими статутами 1864 року, і передавання судових функцій земським начальникам дозволили сформувати в історичній літературі тезу про «реакційність» нового інституту й початок курсу «контрреформ» Олександра III, що суперечив перетворенням 60-70-х років XIX століття.

Під час проектування інституту земських начальників деякі розробники наголошували на надмірності для на-

селення витрат, які спричиняла необхідність утримувати разом із мировими суддями ще й земських начальників. Можливо, саме ці міркування викликали в імператора Олександра ІІІ думку про бажане скасування мирових судів і поєднання в руках земських начальників адміністративної та судової функцій.

На нашу думку, одночасне виконання адміністративної та судової функцій не справляло негативного впливу на якість правосуддя. Це було пов'язано з рівнем складності та кількістю судових справ, які перебували у провадженні земського начальника. Зокрема, гласний Старороуського повітового й Новгородського губернського земських зборів, Е. П. Беннігсен, зазначав: «Заговорив о судебной деятельности земских начальников, я не могу не указать, что у большинства из них … судебных дел бывает крайне незначительное количество. Сами дела эти, за весьма редкими исключениями, не представляют из себя решительно ничего трудного и в то же время интересного. Чтобы решить их вполне удовлетворительно, не нужно ни особенных юридических познаний, ни особенных способностей. Насколько я могу убедиться, почти никто из земских начальников этими делами не тяготится и, наоборот, считает их самыми легкими из всех предоставленных его ведению дел. Решения ошибочные и неосновательные бывают у них, безусловно, часто, но я не думаю, чтобы раньше мировые, а ныне городские судьи судили успешнее» [2, с. 68].

Улітку 1894 року Міністерство внутрішніх справ розіслало губернаторам приписи, в яких запитувало відомості про судову діяльність земських начальників. Так, губернатор В'ятської губернії, А. Ф. Анісьїн, у 1894 році писав міністрові внутрішніх справ: «В среднем в 1893 году на каждого земского начальника приходилось по 297 дел. Произведенные ревизии их делопроизводства и незначительное количество жалоб, поступающих в губернское присутствие по судебным делам, красноречиво свидетельствуют как о быстроте разрешения данных дел, так и о правильности постановленных по ним решений, что указывает на полную способность земских начальников к отправлению судебной деятельности. И так как разрешение земскими начальниками судебных дел не мешает исполнению ими административных обязанностей, то поэтому и надобности в каких-либо изменениях как в устройстве, так и в размере судебной компетенции учреждений, образованных по закону 12 июля 1889 года, ничем не вызывается. Напротив, изъятие какой-либо части этих дел и передача их в ведение других учреждений, несомненно, повлияет к худшему на установившиеся уже отношения сельского населения к земским начальникам» [3, с. 143]. Подібного висновку дійшов також губернатор Полтавської губернії, який засвідчував, що «количество судебных дел, находящихся в производстве каждого земского начальника, так невелико, в среднем менее 300 в год, что не может быть и речи об обременении их судебной деятельностью, отнимающей время от наблюдения за крестьянским управлением» [3, с. 143].

Дійсно, щодо кількості судових справ: вона була не великою, але відмінною на різних дільницях. Про це свідчать архівні матеріали, а саме:

– земський начальник 1-ї дільниці Сумського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1895 року по 01 серпня 1895 року отримав на розгляд: 33 цивільні справи, з яких вирішено 28 справ і 6 справ відкладено з незалежних причин; 85 кримінальних справ, з яких вирішено 71 справу та 14 справ відкладено з незалежних причин [4];

– земський начальник 1-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 49 цивільних справ, з яких вирішено 36 справ і 13 справ не призначено до розгляду; 57 кримінальних справ, з яких вирішено 40 справ та 17 справ відкладено з незалежних причин [5];

– земський начальник 2-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 11 цивільних справ, з яких вирішено всі 11 справ [6];

– земський начальник 3-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 20 цивільних справ, з яких вирішено 16 справ і 4 справи не призначено до розгляду; 64 кримінальні справи, з яких вирішено 33 справи, 11 справ відкладено з незалежних причин та 20 справ не призначено до розгляду [7];

– земський начальник 4-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 21 цивільну справу, з яких вирішено всі справи; 94 кримінальні справи, з яких вирішено 84 справи, 6 справ відкладено з незалежних причин і 4 справи не призначено до розгляду [8];

– земський начальник 6-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 9 цивільних справ, з яких вирішено всі 9 справ; 30 кримінальних справ, з яких вирішено 22 справи та 8 справ відкладено з незалежних причин [9];

– земський начальник 8-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 198 цивільних справ, з яких вирішено всі 198 справ; 25 кримінальних справ, з яких вирішено всі 25 справ [10];

– земський начальник 9-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії в період з 01 січня 1899 року по 18 червня 1899 року отримав на розгляд: 48 цивільних справ, з яких вирішено 20 справ і 28 справ не призначено до розгляду; 167 кримінальних справ, з яких вирішено 145 справ та 22 справи не призначено до розгляду [11];

– земський начальник 5-ї дільниці Ніжинського повіту Чернігівської губернії впродовж 1909 року отримав на розгляд: 606 цивільних і кримінальних справ, з яких вирішено 565 цивільних та кримінальних справ, а 41 цивільну і кримінальну справу відкладено з незалежних причин [12];

– земський начальник 1-ї дільниці Санкт-Петербурзького повіту Петербурзької губернії в період з 01 січня 1891 року по 01 липня 1891 року отримав на розгляд: 149 цивільних справ, з яких вирішено 141 справу та 8 справ не призначено до розгляду; 130 кримінальних справ, з яких вирішено 126 справ і 4 справи не призначено до розгляду [13].

Серед кримінальних справ найбільш поширеними були справи про розкрадання й пошкодження чужого лісу, проступки проти порядку управління, а також про крадіжки. Серед цивільних справ найбільш поширеними були справи про наймання земельних угідь й особистий найм на сільськогосподарські роботи.

Щодо рівня складності судових справ цілком погоджуємося з думкою Е. П. Беннігсена. Багато цивільних та кримінальних справ земських дільничних начальників розміщено на двох-трьох аркушах [14].

2. Низький освітній рівень земських начальників.

Земські дільничні начальники отримали ідентичні, за невеликим винятком, судові повноваження, що належали мировим суддям. Дослідник інституту мирових суддів, О. Г. Бузмакова, твердить, що «население к судебной власти в основном относилось с доверием, и к мировому судье шли с разными просьбами» [15, с. 19]. Позаяк інститут мирових суддів мав авторитет серед населення, а земські начальники були їх правонаступниками, слід зробити порівняльний аналіз освітнього рівня земських дільничних начальників та мирових суддів. Так, звітуючи перед імператором у 1903 році про діяльність інституту земських начальників, міністр внутрішніх справ В. К. Плеве зазначав, що з 2300 земських начальників 733 особи мали вищу

освіту, що становило 32%, середню – 1058 (46%), нижчу – 441 (19%) [16, с. 94].

Освітній рівень дільничних мирових суддів, обраних земськими повітовими зборами, має такий стан: з вищою освітою – 49%, із середньою – 45%, з нижчою – 6% [17, с. 4]. На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що освітній рівень земських дільничних начальників відрізнявся від освітнього рівня мирових суддів, але не кардинально. Слід додати, що багато колишніх мирових суддів було призначено на посади земських дільничних начальників. Наприклад, чотири з восьми земських начальників Хотинського повіту Бессарабської губернії несли службу на посаді мирового судді [18].

3. Повна залежність земських начальників від повітової та губернської адміністрації негативно впливала на об'єктивне розслідування судових справ.

Порядок призначення на посаду земського дільничного начальника був таким. У кожному повіті предводитель дворянства складав список осіб, які відповідали умовам, установленим вимогами ст.ст. 6, 7, 10 Положення. З повітових списків губернатор після наради з місцевим губернським та повітовим предводителями дворянства обирав по одному кандидату на посаду земського дільничного начальника й про обраних кандидатів інформував міністра внутрішніх справ. За наявності розбіжностей між предводителями дворянства губернатор повинен був направити міністру внутрішніх справ додаток, в якому відображали різні погляди предводителів дворянства на ту чи іншу кандидатуру на посаду земського начальника (ст. 13 Положення).

Серед обраних губернатором або запропонованих предводителями дворянства кандидатів міністр внутрішніх справ затверджував на посаді тих, щодо призначення яких він «не встречает препятствий» (ст. 14 Положення). Таким чином, Закон від 12 липня 1889 року запровадив такі правила: 1) обрання кандидатів на судову посаду здійснює особа, яка керує губернською адміністрацією й особисто підпорядковується міністру внутрішніх справ; 2) остаточне призначення на посаду судді залежить від думки міністра внутрішніх справ, тобто керівника поліцейського відомства; 3) штат суддів повністю може складатися із числа осіб, які взагалі не відповідають вимогам освітнього цензу згідно зі ст.ст. 6, 7, 15, 16 Положення. Також унаслідок утрати майнового цензу земський начальник зберігав свою посаду з особливого дозволу міністра внутрішніх справ (ст. 17 Положення); відпустки земським начальникам надавали з дозволу губернатора (ст. 21 Положення); земські начальники підпорядковувалися «надзору и руководству губернатора», який здійснював ревізію їх діловодства (ст. 65 Положення); дисциплінарне провадження стосовно земських начальників порушували за пропозицією губернатора або постановою губернського присутствія (ст. 137 Положення). Але незрозуміло, яким чином порядок призначення на посаду земського начальника міг позначитися на ході цивільної чи кримінальної справи між двома селянами. Спираючись на зміст цієї критики, також можна зробити висновок, що позаяк земські начальники повністю залежали від повітової та губернської адміністрації, то під час вирішення судових справ, однією зі сторін яких був поміщик-землевласник або державний чиновник, земські начальники завжди ставали на їх бік. Однак архівні матеріали свідчать про зовсім інше. Наприклад, земський начальник 2-ї дільниці Чернігівського повіту виніс вирок про стягнення 20 руб. із земського фельдшера за образу кондукторів залізничної станції [19], а земський начальник 4-ї дільниці Чернігівського повіту виніс вирок про стягнення з дворянина (титулярного радника) Дубикова 21 руб. за образу й завдання побоїв селянину Храпатому [20] та ін. [21]. Тому, на нашу думку, обвинувачення земських начальників у необ'єктивності розслідування судових справ не мають жодних підстав. Із цього приводу є дуже цікавий лист Чернігівського губернатора земським начальникам від 18 квітня 1891 року: «На земских начальников возложено обязательство к охранению безопасности и прав частных лиц в сельских местностях. Земские начальники не должны забывать, что в сельской местности живут не одни крестьяне, а и помещики, которых нужно также защищать от самоуправства дурного элемента» [22].

4. Побоювання підвідомчих земському начальнику осіб оскаржувати його рішення.

Апеляції чи скарги на судові рішення земських начальників подавали тому самому начальникові, чиє рішення оскаржували, а він повинен був упродовж трьох днів передати їх до повітового з'їзду. Незважаючи на всі обвинувачення на адресу земських начальників у адміністративному тиску на підвідомчих їм осіб, у державних архівних установах виявлено багато апеляційних справ на рішення земських дільничних начальників [23]. Аж ніяк не можна запідозрити в побоюванні звільненого волосного писаря Левченка, який обвинуватив земського начальника 2-ї дільниці Вовчанського повіту Харківської губернії Бабаєва у зловживаннях та вимагав від губернського присутствія стягнути з начальника 800 руб. матеріальної шкоди та притягнути його до кримінальної відповідальності [24].

5. Кругова порука земських начальників та формальність з'ясування істини під час розгляду судових справ у повітовому з'їзді.

Апеляційною інстанцією, де переглядали судові рішення земських начальників, було судове присутствіє повітового з'їзду. Воно функціонувало під головуванням повітового предводителя дворянства, а до його складу входили повітові члени окружного суду, почесні мирові судді, міські судді та земські начальники (ст. 73 Положення). Оскільки земські начальники входили до складу повітового з'їзду, вважаємо за доцільне більш докладно проаналізувати діяльність цього адміністративно-судового органу. Розглянемо висновки ревізії діловодства Сумського повітового з'їзду Харківської губернії, а саме зауваження, яким неодмінні члени губернського присутствія вимагають приділяти особливу увагу: формальне ставлення до встановлення істини у справі, відсутність допитів свідків у справах, відсутність підписів у протоколах судових засідань, велика кількість невирішених справ, порушення правил збору судового мита, порушення правил направлення довідок про судимість у архів [25].

Однак, на нашу думку, формалізм розгляду судових справ у повітовому з'їзді повністю залежав від суб'єктивного чинника, тобто професіоналізму, досвіду тих чиновників, які засідали в судовому присутствії з'їзду. Щодо критики кругової поруки земських начальників, вважаємо, що вона є необ'єктивною. Збереглося багато архівних справ, які свідчать, що земські начальники в судовому присутствії повітового з'їзду голосували про скасування рішення свого колеги: наприклад, рішення Новомосковського повітового з'їзду Катеринославської губернії про скасування постанови земського начальника 2-ї дільниці Новомосковського повіту Катеринославської губернії [27], Хотинського повітового з'їзду про скасування постанови земського начальника 6-ї дільниці [28] та ін. [29].

6. Зловживання та свавілля земських начальників.

Здебільшого в центрі уваги критиків були повноваження земських начальників, надані їм ст. 61 Положення: «В случае неисполнения законных распоряжений или требований земского начальника лицами, подведомственными крестьянскому общественному управлению, он имеет право подвергнуть виновного без всякого формального производства аресту на время не свыше трех дней или денежному взысканию не свыше шести рублей». Насправді, були випадки, коли земський начальник штрафував селян, якщо вони не знімали шапки перед ним, не нагодували

коня вівсом, іноді також траплялося рукоприкладство. Був випадок, коли земський начальник бігав за селянами та стріляв у них із рушниці (пізніше його було визнано психічно нездоровим) [30, с. 84-85]. Іноді у пресі з'являлись статті, які дуже гостро критикували інститут земських дільничних начальників.

Дуже цікава із цього приводу думка Е. П. Беннігсена: «Часто в печати попадаются указания на разные «возмутительные», по словам газет, случаи наложения взысканий земскими начальниками. Я думаю, однако, что если бы господа, которые пишут об этих случаях, побывали в положении земского начальника и знали, в какое состояние способны иногда крестьяне привести самого спокойного и тихого человека, то они во многих случаях должны были бы отказаться от своего мнения и о их «возмутительности». А что, кроме того, в этих заметках многое преувеличивается, это, я думаю, известно всякому местному деятелю» [2, с. 81]. Необхідно визнати, що між земськими начальниками й селянами існувала справжня правова, культурна, освітня прірва. Однак вирішити цю проблему без втручання держави одними адміністративними заходами земських начальників було неможливо.

На підставі ст. 62 Положення земські начальники здійснювали нагляд так само за волосними суддями та їх рішеннями. Вони отримали право затверджувати волосних суддів серед кандидатів, обраних сільським товариством. Голову волосного суду затверджував повітовий з'їзд за поданням земського начальника, а рішення волосного суду могли бути оскаржені земському начальнику. Є. С. Коц зауважує, що влада земських начальників була настільки великою, що вони накладали арешт на волосних суддів не тільки в разі притягнення останніх до дисциплінарної відповідальності, але й тоді, коли вважали рішення суддів немотивованими. Часто земські начальники прямо приписували волосному суду вирішити справу в тому чи іншому розумінні [32, с. 28]. Про подібне згадував у своїй записці міністр юстиції, І. Г. Щегловітов [33, с. 58].

Також слід доповнити, що земські начальники затверджували рішення волосних судів про тілесні покарання. Тобто за бажання земський начальник міг «натиснути» на волосний суд, і той міг прийняти рішення про застосування тілесних покарань до того чи іншого селянина. Однак про яке свавілля земських начальників може йтися, якщо в період із 1889 року по 1904 рік земські начальники Катеринославської губернії дали згоду на затвердження 1712 рішень волосних судів про застосування тілесних покарань [34]. Згідно з переписом 1897 року у Катеринославській губернії проживало 2113674 осіб [35].

На нашу думку, проблема зловживань та свавілля земських начальників була пов'язана з проблемою формування складу земських начальників. Під час запровадження розглядуваного інституту передбачалося, що посади земських начальників обіймуть місцеві дворяни-землевласники, які будуть господарювати у своїх маєтках і водночас нести саме тут свою службу. Однак на практиці вийшло все по-іншому: невисоке жалування (2200 руб.), безперспективність служби [2, с. 72], необхідність жити в селі тощо. Усе це відвернуло передову частину дворянства від службової кар'єри на посаді земського начальника. І на деяких дільницях посаду земського начальника обійняли «випадкові» особи (не зовсім компетентні та малоосвічені), єдиною метою яких було підвищення свого матеріального становища.

7. Відсутність контролю за діяльністю земських начальників.

Ефективність діяльності земських начальників багато в чому залежала від ступеня контрольованості зазначеного інституту. Положення 12 липня 1889 року установило тверду вертикаль урядової влади по лінії Міністерства внутрішніх справ: Міністерство внутрішніх справ – губернське присутствіє на чолі з губернатором – повітовий з'їзд – земський начальник.

Ревізії діяльності земських начальників як із боку повітової та губернської влади, так і Земського відділу Міністерства внутрішніх справ здійснювалися дуже рідко, й вони не мали систематичного характеру. Міністерство внутрішніх справ видавало циркуляри, в яких здійснення ревізій селянських органів управління покладалося на губернаторів, але найчастіше останні ухилялись від виконання цих директив. Так, упродовж 1898 року у Полтавській губернії з 83 дільниць тільки у 18 було здійснено ревізії, в 1899 році – у 16, в 1900 році – у 13, в 1901 році – у 1, а в 1902 році – у жодній. У Чернігівській губернії впродовж зазначеного періоду не було здійснено жодної ревізії. Така сама ситуація спостерігалася і в Херсонській, Харківській, Московській, Орловській, Пензенській, Катеринославській, Бессарабській, Володимирській, Олонецькій та Оренбурзькій губерніях [16, с. 102].

Про те, що губернські присутствія ставляться занадто формально до своїх обов'язків, згадував Е. П. Беннігсен [2, с. 71]. Траплялося це через різні причини. По-перше, особи, на яких було покладено Законом цей нагляд, тобто повітові предводителі дворянства, за особливими винятками не тільки його не здійснювали, але й ухилялися, тому що підвідомчі їм земські начальники були одночасно й тими особами, від яких значною мірою залежало саме обрання повітових предводителів. По-друге, найчастіше предводителі й неодмінні члени присутствій, які здійснювали ревізію, самі не завжди мали високу компетенцію щодо питань, які мали перевіряти.

На нашу думку, здійснення ревізій земських начальників повністю залежало від особистого бажання губернатора. Наприклад, В'ятський губернатор у 1900 році здійснив ревізію в 38 дільницях, а за період з 1912 року по 1915 рік – у 40 дільницях [3, с. 149]. Після ревізії губернські присутствія складали доповіді про «недогляди», які направляли земським начальникам. Як правило, наслідком ревізії було звільнення з посади декількох земських начальників [2, с. 77]. Необхідно звернути увагу на те, що кожного року кількість ревізій земських начальників зменшувалася, а це було пов'язано з тим, що земські начальники набували досвіду роботи.

У процесі вивчення архівних матеріалів судової практики можна дійти висновку, що місцева влада на основі ревізій засвідчувала переважно задовільну судову діяльність земських начальників, хоча й виявляла певні недоліки. Як приклад, можна навести результати ревізії неодмінних членів Харківського губернського присутствія щодо судочинства земських начальників Ізюмського та Сумського повітів: немає постанов про прийняття справ до свого провадження [36]; відсутні відмітки у книгах вхідної та вихідної кореспонденції; повільно здійснюється виконання у кримінальних справах; несвоєчасно направляються в архів довідки про судимість; у кримінальних справах не зазначено місце проживання обвинуваченого; наявне відкладення розгляду справ без поважних причин [37]. Однак зовсім інші порушення було виявлено за результатами ревізії справ земського начальника 5-ї дільниці Ізюмського повіту Харківської губернії, про що слід процитувати: «При ревизии Земского начальника 5-го участка де Колье оказался поражающий непорядок! Все дела наброшены в одну кучу: там были уголовные и гражданские дела, и жалобы на местах, никуда не положенные, переписка волостного правления, здесь явно бесспорно, что земский начальник никогда не посещает волостного правления, не обращает ни малейшего внимания на находящиеся дела. Постоянное местожительство Земского начальника находится в 60 верстах от вверенного ему участка и явное дело он не имеет возможности наблюдать за волостными правлениями и волостными судами. Номерная книга не пронумерована, ни вводной нет ни скрепи, ни печати Земского начальника. Жалобы от потерпевших лиц принимаются как председателем волостного суда и старостою

у себя на дому, благодаря чему такие жалобы остаются написанными на клочках бумаги и не внесены в книги волостного суда» [38]. Неодмінний член Чернігівського губернського присутствія після ревізії діловодства земського начальника 5-ї дільниці Ніжинського повіту звернув увагу на те, що адміністративні стягнення на посадових осіб не виконуються впродовж декількох місяців [39].

Як виявляють матеріали державних архівних установ України, ревізії діяльності земських начальників і повітових з'їздів здійснювалися губернаторами й неодмінними членами губернських присутствій. За їх підсумками службову діяльність деяких земських начальників виносили на розгляд губернського присутствія, яке, своєю чергою, остаточно вирішувало питання про перебування їх на посаді. Це свідчить про те, що влада не приховувала діяльність земських начальників, які зловживали своїми повноваженнями або, навпаки, нічого не робили, а намагалася, щоб на місцях були дійсно досвідчені керівники та судді, які ефективно виконували б свої функції.

Зважаючи на вищевикладене, слід зазначити, що за наявності бажання можна тенденційно добрати факти, які свідчать або про поразку реформи 1889 року, або про її абсолютний успіх. Однак такий підхід до вивчення розглядуваного інституту буде віддалений від історичної істини, тому що в житті було й те, й інше.

В українських губерніях Російській імперії, як свідчать матеріали різних ревізій та інші джерела, судову діяльність земських начальників можна визнати більшменш задовільною. Водночас судові повноваження земських начальників зазнали значних змін. У 1912 році Микола II затвердив закон про реорганізацію місцевого суду, згідно з яким земські начальники втрачали свої судові повноваження. Однак головною причиною цього була не погана робота земських начальників у цій царині, а збільшення їх адміністративного навантаження, пов'язаного з реалізацією столипінської аграрної реформи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Солженицын А. И. Архипелаг ГУЛАГ / А. И. Солженицын. – Ч. 1–2.
2. Беннигсен Э. П. К вопросу о пересмотре законодательства о крестьянах : Из заметок практика / Э. П. Беннигсен. – СПб : Типография А. С. Суворина, 1902.
3. Гурьянов М. М. Институт земских начальников в конце XIX – начале XX вв. и его региональные особенности : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.01 / М. М. Гурьянов. – Киров, 2007.
4. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 23. Спр. 179. Арк. 6.
5. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 10–11.
6. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 12–13.
7. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 14.
8. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 16–17.
9. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 19.
10. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 20–21.
11. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 22.
12. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 13.
13. Центральный государственный исторический архив России в г. Санкт-Петербурге. Ф. 981. Оп. 1. Д. 250. Л. 2.
14. Державний архів Харківської області. Ф. 587. Оп. 1. Спр. 53. Арк. 30–31 ; Ф. 587. Оп. 1. Спр. 1529. Арк. 1–3.
15. Бузмакова О. Г. Судебная власть в Сибири в конце XIX – начале XX в. : автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. ист. наук по спец. : 07.00.02 «отечественная история» / О. Г. Бузмакова. – Томск, 2004.
16. Ващенко А. В. Інститут земських начальників Російської імперії кінця XIX – початку XX ст. : Дис... канд. істор. наук за спец. : 07.00.02 «всесвітня історія» / А. В. Ващенко. – Чернігів, 2002.
17. Шигаль Д. А. Специфіка освітнього цензу, встановленого судовими статутами 1864 р. для мировых суддів / Д. А. Шигаль // Проблеми теорії й історії держави і права. – 2010. – № 108.
18. Державний архів Чернівецької області. Ф. 383. Оп. 1. Спр. 7. Арк. 23-35 ; Ф. 383. Оп. 1. Спр. 8. Арк. 1–4 ; Ф. 383. Оп. 1. Спр. 9. Арк. 5–9 ; Ф. 383. Оп. 1. Спр. 10. Арк. 1–9.
19. Державний архів Чернігівської області. Ф. 195. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 1–44.
20. Державний архів Чернігівської області. Ф. 134. Оп. 1. Спр. 57. Арк. 1–22.
21. Державний архів Чернігівської області. Ф. 194. Оп. 1. Спр. 20. Арк. 1–44.
22. Відділ державного архіву Чернігівської області в м. Ніжині. Ф. 1204. Оп. 1. Спр. 133. Арк. 11.
23. Державний архів Чернігівської області. Ф. 734. Оп. 1. Спр. 224. Арк. 1–22 ; Ф. 734. Оп. 1. Спр. 90. Арк. 1–22 ; Ф. 734. Оп. 1. Спр. 200 ; Ф. 734. Оп. 1. Спр. 104. Арк. 1–61 ; Державний архів Чернівецької області. Ф. 383. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 9–10 ; Державний архів Сумської області. Ф. 338. Оп. 1. Спр. 8. Арк. 105–106.
24. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 23 Спр. 123. Арк. 16–17.
25. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 23. Спр. 179. Арк. 1–4.
26. Записки Земского начальника Александра Новикова. – СПб., 1899.
27. Державний архів Дніпропетровської області. Ф. 681. Оп. 1. Спр. 1. Арк. 1–30.
28. Державний архів Чернівецької області. Ф. 383. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 50.
29. Державний архів Чернівецької області. Ф. 383. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 9–10.
30. Обнинский П. П. Сборник статей под редакцией Обнинского. Со внушительной статьей А. О. Кони / П. П. Обнинский. – М., 1914.
31. Центральний державний історичний архів України. Ф. 1596. Оп. 1. Спр. 26. Арк. 38–39.
32. Коц Е. С. Местный суд и его реформа / Е. С. Коц. – СПб., 1912.
33. Генкин Д. М. Местный суд и его реформа / Д. М. Генкин. – СПб., 1908.
34. Державний архів Дніпропетровської області. Ф. 681. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 1–233.
35. Катеринославська губернія. Перепис 1897 року [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://gorod.dp.ua/history/doc/katgub1897.pdf // http://gorod.dp.ua/history/article_ru.php?article=61.
36. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 19.
37. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 20–21 ; Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 23. Спр. 179. Арк. 1–6.
38. Державний архів Харківської області. Ф. 18. Оп. 22. Спр. 20. Арк. 22.
39. Відділ державного архіву Чернігівської області в м. Ніжині. Ф. 1207. Оп. 1. Спр. 75. Арк. 13.

УДК 340

ПРАВОРОЗУМІННЯ (РОЗУМІННЯ ПРАВА): ГНОСЕОЛОГІЧНІ ЗАСТОРОГИ

CONCEPTION OF LAW (UNDERSTANDING OF LAW): GNOSIOLOGICAL LAPSUS LINGUAE

Кучук А.М.,
к.ю.н., доцент,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена з'ясуванню можливості пізнання права. Автор висвітлює існуючі підходи до розуміння поняття «праворозуміння». Вказується, що європейська загальнотеоретична правнича наука не оперує поняттям «праворозуміння», хоча в її межах досліджується розуміння права; акцент переноситься на саме явище. Акцентується увага на тому, що право є елементом культури, відображає цінності і установки конкретного суспільства, тому його не можна пізнати лише науковими засобами.

Ключові слова: неуніверсальність права, право, розуміння права, соціокультурне явище, юридична наука.

Статья посвящена выяснению возможности познания права. Автор освещает существующие подходы к пониманию понятия «правопонимание». Указывается, что европейская общетеоретическая юридическая наука не оперирует понятием «правопонимание», хотя в ее пределах исследуется понимание права; акцент переносится на само явление. Акцентируется внимание на том, что право является элементом культуры, отражает ценности и установки конкретного общества, поэтому его нельзя познать только научными средствами.

Ключевые слова: неуниверсальность права, правопонимание права, социокультурное явление, юридическая наука.

The article is devoted to elucidation of possibility of cognition of law. The author enlightens the existing approaches to cognition of the notion «understanding of law». Usually, understanding of law is regarded as a scientific category revealing the process and the outcome of the purposeful activity of a human being towards understanding of law, its perception (evaluation), attitudes towards it as an indivisible social phenomenon. Although the term «understanding of law» is not generally accepted, some scholars believe that there should be separation of conception of law and understanding of law, because the first notion «reflects perception of law at professional legal level, that is, conception of law reflects comprehension of law and its formalization in mind happening in legal awareness of a lawyer», and the latter is the reflection of «attitude of every person towards that that is law».

It is noted that the European general and legal science does not operate with the notion «cognition of law», although the conception of law is studied within it; attention is paid to the phenomenon itself and not to the «mechanical scheme»: subject of cognition – object of cognition – means of cognition – outcome of cognition. Thereafter «scientific category», «purposeful activity» and «outcome of cognition» are not in question. Similar approach concerning definition of legal notions, namely the rule of law, is used by the European Court of Human Rights. The Court gives (describes) qualities (features) of some phenomenon and does not try to suggest a «stiff form» of the definition. Moreover, the European Court of Human Rights quite often calls to the necessity of dynamic and evolutional interpretation, because law is «living», dynamic and social and cultural phenomenon.

For the European legal science it is important the understanding of the phenomenon which is named «law», but not focusing on the scheme: subject of cognition – object of cognition – means of cognition – content of cognition; the application of law is important, but not scholastic theorization.

Attention is focused on the fact that law is an element of culture, reflects values and system of a particular society and it is not possible to cognize it due to only scientific means.

Key words: non-universality of law, law, understanding of law, social and cultural phenomenon, legal science.

Одним із самих простих питань, як здається, є питання: «Що таке право?». Кожен правник давав на нього відповідь, хоча б у період вивчення юриспруденції. Однак, і до сьогодні чіткої і однозначної відповіді на нього не існує (і навряд чи може існувати). Це питання піднімається час від часу, не втрачаючи своєї гостроти, особливо у перехідні періоди розвитку суспільства, часи реформ. За таких обставин, прагнучи відносної стабільності, хоча б якоїсь впевненості у майбутньому, звертаються до права як до можливого засобу забезпечення таких спонукань (не можу не відмітити, що трансформаційне становище у суспільстві спричиняє і масове захоплення релігією, в якій людина знаходить прихисток, покладаючись на волю надприродної, доволі часто трансцендентної, сили). Зважаючи на вказане, доволі закономірною є актуалізація питання розуміння права для вітчизняної юридичної науки. Прагнення відійти від нормативістської спадщини Радянського Союзу (в якій право розумілося як сукупність правил людської поведінки, що установлюються державною владою, як владою пануючого у суспільстві класу, а також звичаїв і правил співжиття, які санкціоновані державною владою і які реалізуються в примусовому порядку за допомогою державного апарату, з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і бажаних для пануючого класу [1, с. 40-41]), проголошення європейського напряму розвитку, участь у інтеграційних процесах, намагання провести державно-правові реформи актуалізують проблематику розуміння права.

Серед зарубіжних вчених, що займались висвітленням вказаної тематики слід згадати такі прізвища, як Р. Алексі, Ж. Бержель, Р. Дворкін, Б. Леоні, Д. Ллойд та ін.

Значний внесок у розв'язання проблематики, що розглядається, зробили такі вітчизняні науковці як М. І. Козюбра, П. М. Рабінович та ін. Як акцентує увагу П. М. Рабінович у одній з останніх публікацій, присвяченій тематиці право розуміння, «мною вже протягом щонайменше п'яти років обстоюється інакша інтерпретація означеного явища. А саме: праворозуміння – це відображення у людській свідомості за допомогою поняття, позначуваного терміном «право» (або ж іншим однозначним з ним словом чи символом), того явища, котре оцінюється певним суб'єктом як корисне для задоволення його потреб існування та розвитку і забезпечується соціальними обов'язками інших суб'єктів. Тобто йдеться про самоз'ясування (інтерпретацію) того, що, власне, відображається поняттям, позначеним словом «право»…», при цьому автор наголошує, що погребове праворозуміння «дозволяє пояснити історичну принципову нездоланність змістовної плюралістичності

праворозуміння навіть у межах одного суспільства (а тим більше – у різних правових системах чи в їх «сім'ях») – причому не тільки в минувшині, а й у сучасності та, гадаю, у майбутньому» [2, с. 15].

Особливо слід відмітити наукову статтю М. І. Козюбри «Праворозуміння: поняття, типи та рівні», в якій автор акцентує увагу на неправильності висвітлення праворозуміння суто з наукового погляду, без врахування ціннісних установок і уявлень. М. І. Козюбра вказує, що не дивлячись на доволі посилену увагу до проблеми праворозуміння «у вітчизняному (та й пострадянському, загалом) правознавстві, що має під собою об'єктивні підстави, чимало питань, пов'язаних з цією проблемою, залишаються належним чином не з'ясованими» [3, с. 13].

Метою статті є висвітлення факторів гносеології права.

На сьогодні у вітчизняній юридичній науці існує значна кількість визначень праворозуміння. Так, наприклад, на думку С. І. Алаіс, «Праворозуміння – наукова категорія, яка відображає результат процесу пізнання сутності права. Сутністю права є внутрішня цілісність усіх його багатоманітних якостей (властивостей). Пізнання права – оволодіння ними, їх розкриття» [4, с. 6].

Подібне визначення наводить і О. І. Дунас: «Праворозуміння – це наукова категорія, що відображає процес і результат цілеспрямованої розумової діяльності людини, й пізнання права, його сприйняття (оцінку) й ставлення до нього як до цілісного соціального явища» [5, с. 10].

Вказані визначення викликають деякі зауваження. Сам термін «праворозуміння» не є загальноприйнятним. Праворозуміння у широкому сенсі розглядається як інтелектуальна діяльність компетентних осіб, спрямована на пізнання сутності та змісту права, а також сукупність правових знань, отриманих у результаті такої діяльності [6, с. 176].

На думку окремих науковців, необхідним є розмежування праворозуміння і розуміння права, адже перше з понять «відображає сприйняття права на професійному юридичному рівні, тобто праворозуміння відображає осмислення права, а також його формалізацію у свідомості, яка відбивається у правосвідомості юриста», а останнє – є відображенням «ставлення кожної людини до того, що таке право» [7, с. 144]. Хоча сам автор наголошує на умовному характері такої відмінності.

Сумнівним видається і твердження про можливість розрізнення праворозуміння і розуміння права, виходячи з розмежування професійної та буденної (за висловленням С. С. Алексєєва – масової) правової свідомості. Як вказував С. С. Алексєєв «масова правосвідомість є по своїй суті повсякденним розумінням права, в якому до того ж дуже значна роль соціально-психологічних компонентів – емоцій, настроїв та ін. У той же час було б помилковим розглядати масову правосвідомість як явище нижчого порядку. І не тільки тому, що в неї можуть впроваджуватися елементи наукового і навіть професійної правосвідомості… Основне, що необхідно підкреслити, характеризуючи значення масової правосвідомості, полягає у власній її цінності, в тому, що вона так само, як і інші форми правової ідеології, зовні виражає потреби суспільного життя, безпосередньо соціальні права (домагання) є носієм пануючого в суспільстві почуття права і законності» [8, с. 212].

Додам, що в межах англо-американської правової сім'ї існує таке явище як нуліфікуючий вердикт (англ. «juri nullification»): коли суд присяжних може виправдати осіб, які юридично є винуватими у вчиненні злочину (на це вказують наявні у справі докази), але заслуговують на звільнення від юридичної відповідальності. Як вказує А. А. Солодков «нуліфікуючий вердикт … в останні роки мав місце у кримінальних провадженнях стосовно вбивств, незаконної евтаназії тощо. Нині право присяжних на винесення виправдувального вердикту, який суперечить наведеним доказам, визнається невід'ємним правом присяжних, важливою гарантією прав і свобод людини і громадянина. Але, в той же час, переважна більшість суддів та юристів досить скептично відносяться до існування такого права, саме тому судді завжди намагаються довести до присяжних те, що вони є виключно «суддями факту» і мають в процесі прийняття вердикту спиратися виключно на доведені факти, а не на емоції або на власне суб'єктивне розуміння гуманності» [9, с. 23].

До цього слід додати загальновизнане положення, яке є складовою демократії: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування». Інтерпретуючи це положення, Конституційний Суд України зазначив, що влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України. Результати народного волевиявлення у визначених Конституцією та законами України формах безпосередньої демократії є обов'язковими [10].

Зважаючи на вказане, цілком доречними є питання, поставлене М. М. Бедрієм: «Було б складно відшукати обізнаного правознавця, який наважився б авторитетно заявити, що взаємозв'язок і взаємообумовленість народу та права – це фікція, яка не має жодних підстав. Інакше б йому довелося таку тезу підтвердити науковими доказами, яких знайти неможливо і, зрештою, непотрібно. Безсумнівно, зв'язок між народом і правом існує реально й об'єктивно. А тому постає питання: у чому полягає зв'язок між народом і його правом?» [11, с. 281].

Слід зауважити, що європейська загальнотеоретична правнича наука не оперує таким поняттям як «праворозуміння», хоча в її межах досліджується розуміння права, відтак акцент переноситься на саме явище, а не на «механістичну схему»: суб'єкт пізнання – об'єкт пізнання – засоби пізнання – результат пізнання. Відтак і не йдеться про «наукову категорію», «цілеспрямовану діяльність», «результат пізнання». Більш того, проводячи паралелі із розумінням західними правниками правової культури, не можу не згадати слова Р. Міхаельса про те, що правова культура інтенсивно дискутується науковцями приблизно протягом останніх 20 років, особливо у зв'язку з європеїзацією приватного права. Часто національна правова культура розглядається як перешкода європейському приватному праву; а європейська правова культура розглядається як його передумова. І, як акцентує увагу автор, те, що власне мається на увазі під терміном «правова культура» часто залишається незрозумілим: правова культура вважається важливою, а от точне її визначення – ні. Більше того, проблеми іманентні концепції культури, за які бралися споріднені дисципліни – особливо антропологія та соціологія – у значній мірі ігноруються [12].

Як відомо, подібний підхід використовується і Європейським судом з прав людини щодо визначення правових понять, зокрема, поняття верховенства права. Суд наводить (описує) властивості (риси) явища, а не прагне надати «застиглу форму» дефініції. Більш того Європейський суд з прав людини сам доволі часто вказує на необхідність динамічного та еволюційного тлумачення, адже право – «живе», динамічне, соціокультурне явище.

Таким чином, для європейської правничої науки важливим є розуміння самого явища, що позначається терміном «право», а не зосередження уваги на схемі: суб'єкт пізнання – об'єкт пізнання – засоби пізнання – зміст пізнання; значення має застосування права, а не схоластичне теоретизування.

Пов'язано це передусім із природою права. В. В. Лапаєва, посилаючись на С. С. Алексєєва, вказує, що термін «право», який отримує часом широке повсякденне зна-

чення, в науковому відношенні охоплює явища якісно різнорідні, що відносяться до різних, часом віддалено розташованих одна від одної сфер життя суспільства. Подібне уявлення про те, що поняття права може включати в себе різні смисли (що, по суті справи означає, що поняття права як такого, тобто як судження про найбільш істотні, сутнісні ознаки явища, не існує) в останні роки стало дуже популярним в російській теорії права [13, с. 19].

Право не є якимсь штучним утворенням, а є результатом життєдіяльності суспільства, є елементом культури останнього. П. Сандевуар писав, що кожна політична система, кожна держава продукує особливе право відповідно своїх особливостей, рівня розвитку, своєї філософії, ідеології, вірувань і устремлінь. Право будь-якого суспільства – унікальне, воно є вираженням особливої концепції громадського порядку, яку встановило у себе це суспільство і вказує на ту роль, яку це суспільство відводить праву. Право, таким чином, є відображенням суспільства [14, с. 3].

Неуніверсальність права є об'єктивною умовою неможливості однозначно визначити зміст права. Правовий поліцентризм дозволяє говорити про особливості праворозуміння відповідного народу. Для однієї цивілізації правом є звичай, для другої – релігійна норма, для третьої – правосвідомість тощо. Тобто, єдиного розуміння права не може бути вже через особливості менталітету народу.

Як вказує М. І. Козюбра: «Право настільки складний, багатобарвний, багатогранний, багатомірний і багатозначний феномен, в якому так тісно переплітаються духовні, культурні і етичні засади, внутрішньодержавні і міжнародні, цивілізаційні і загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеали, інституціонально-нормативні утворення і правові відносини, що втиснути все це у рамки якоїсь універсальної дефініції просто не можливо. У вітчизняному ж правознавстві за попередньою традицією пошук єдиного визначення права все ще нерідко зводиться в фетиш» [3, с. 10].

Додам, що у вітчизняній юридичній науці в останні роки все частіше проводяться паралелі між релігією і правом, бог розглядається як першоджерело прав людини (права). Зокрема, згадаю працю Р. А. Папаяна «Християнські корені сучасного права», в якій розглянуто основні права людини – природно-правові норми, записані в Біблії, починаючи з днів творіння і діючі протягом усіх біблійних подій. Право на життя, свобода особистості, свобода слова, право на сім'ю, на працю, на власність розглянуті як іманентності людини і осмислюються в їх духовному аспекті. Важливе місце в дослідженні займає розгляд паралелей між структурою земної і небесної влади, біблійними і сучасними уявленнями про поділ влади [15]. Нагадаю, що навіть у Преамбулі Основного закону України зазначається: «Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, …усвідомлюючи відповідальність перед Богом…приймає цю Конституцію – Основний закон України» [16]. Хоча в ст. 35 Конституції закріплено: «Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова» [16]. Як вказує наведене вище, не зважаючи на відсутність єдиного розуміння поняття «душа», «бог» і т.п., це не є перепоною для провадження відповідних правових досліджень. В цьому випадку поняття права можна порівняти саме з поняттям душі. Головне – не наявність дефініції душі, не встановлення суб'єктів пізнання, засобів пізнання, результатів пізнання, а її спасіння.

Таким чином, європейська правнича наука, не відволікаючись на виокремлення поняття «праворозуміння», наведення його дефініції, визначення структури наукового пізнання: суб'єкт – об'єкт – засоби – результати, зосереджує увагу на самому праві (при цьому, знову ж таки, не формулюючи «єдино правильної» дефініції), вказуючи на мінливості суспільних відносин, а відтак і права, на необхідності динамічного і еволюційного тлумачення, на відшуковуванні права. Радянська ж традиція звести право до приписів законодавства, а пізнання права – до об'єктів юридичної науки приречена на невдачу. Право, зважаючи на те, що воно є елементом культури, відображає цінності і установки конкретного суспільства, не можна пізнати лише науковими засобами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права / А. Я. Вышинский. – Изд. 2. – М. : Государственное изд-во юрид. лит., 1949. – 206 с.
2. Рабінович П. М. Людські потреби – глибинний визначальний чинник праворозуміння / П. М. Рабінович // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 4 (79). – С. 14–24.
3. Козюбра М. І. Праворозуміння : поняття, типи та рівні / М. І. Козюбра // Право України. – 2010. – № 4. – С. 10–21.
4. Алаіс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права : автореф. дис. …на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.01 «теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / С. І. Алаіс ; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2003. – 20 с.
5. Дунас О. І. Наукові підходи щодо визначення соціальної природи права / О. І. Дунас // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Том 26 (65). – № 2–2. – С. 10–16.
6. Стеценко С. Праворозуміння : співвідношення теорії та юридичної практики / С. Стеценко // Право України. – 2010. – № 4. – С. 176–181.
7. Бехруз Х. Праворозуміння, розуміння права і правова система / Х. Бехруз // Право України. – 2010. – № 4. – С. 143–147.
8. Алексеев С. С. Общая теория права : В 2-х т. Т. I. / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981. – 360 с.
9. Солодков А. А. Теоретичні основи та практика здійснення провадження в суді присяжних в Україні : Дис. … канд. юридич. наук за спец. : 12.00.09 / А. А. Солодков ; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – 219 с.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) від 05 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 41. – Ст. 2605.
11. Бедрій М. Народ і право : взаємообумовленість і взаємозв'язки / М. Бедрій // Публічне право. – 2013. – № 2. – С. 281–287.
12. Michaels R. Legal Culture / R. Michaels [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3012&context=faculty_scholarship.
13. Лапаева В. В. Типы правопонимания : правовая теория и практика : Монография / В. В. Лапаева. – М. : Российская академия правосудия, 2012. – 580 с.
14. Сандевуар П. Структура правовой системы : государственное право и частное право / П. Сандевуар. – М. : Французская Организация Технического Сотрудничества, 1994. – 64 с.
15. Папаян Р. А. Христианские корни современного права / Р. А. Папаян. – М. : Издательство НОРМА, 2002. – 416 с.
16. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

УДК 347.65/.68:316.4.063.7:32(091)(477)«19»

СПАДКОВІ ПРАВА ЖЕРТВ ПОЛІТИЧНИХ РЕПРЕСІЙ РАДЯНСЬКОЇ ДОБИ В УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

INHERITANCE RIGHTS OF VICTIMS OF POLITICAL REPRESSIONS OF THE SOVIET PERIOD IN UKRAINE: HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS

Половинкіна Р.Ю.,
к.ю.н., асистент
Запорізький національний університет

Стаття присвячена історико-правовому аналізу спадковим правам жертв політичних репресій радянського періоду в Україні. Автором розроблено періодизацію відновлення майнових прав жертв політичних репресій, надано історико-правовий аналіз кожному з періодів. У статті надається комплексний аналіз положень, що регулювали процес відновлення прав реабілітованих з політичних мотивів.

Ключові слова: реабілітація, відновлення, політичні репресії, право на спадщину, заповідач, заповіт, спадкоємець, черга.

Статья посвящена историко-правовому анализу наследственных прав жертв политических репрессий советского периода в Украине. Автором разработана периодизация восстановления имущественных прав жертв политических репрессий, предоставлен историко-правовой анализ каждого из периодов. В статье приводится комплексный анализ положений, регулирующих процесс восстановления прав реабилитированных по политическим мотивам.

Ключевые слова: реабилитация, восстановление, политические репрессии, право на наследство, завещатель, завещание, наследник, очередь.

The article is devoted to the historical and legal analysis of the hereditary rights of the victims of political repressions of the Soviet period in Ukraine. The author developed a periodization restoration of property rights of victims of political repression, given the historical and legal analysis of each of the periods. The article provides a comprehensive analysis of the regulations governing the process of restoration of the rights of rehabilitated politically motivated.

During the years of independence Ukrainian government is trying to gradually get rid of the autocratic regime of the Soviet era. One such measure was the Law of Ukraine «On the condemnation of Communist and National Socialist (Nazi) totalitarian regimes in Ukraine and prohibition of propaganda symbols» on April 9, 2015. This law was condemned Communist and National Socialist totalitarian regimes in Ukraine, defines the legal basis of the prohibition of propaganda symbols and establishes the procedure for the liquidation of symbols of the communist totalitarian regime.

The adoption of this law caused a lively debate stimulated public and scientists to study this period as victims of political repressions of the Soviet period are still not fully rehabilitated. Currently, text presented the new Law of Ukraine «On the rehabilitation of victims of political repressions of the Soviet era in Ukraine», but fundamental scientific research to restore the property rights of these citizens still do not have.

Various aspects of rehabilitation of victims of political terror, of course, been studied by scientists such as Baran V., Baggan O, Demin Y., Lapchynskoyi N., Misinkevycha L., Skljarenko V., Shumilo M. and others. The researchers analyzed the rehabilitation, law enforcement agencies involved in their implementation, the ratio of the higher authorities to the rehabilitation process. Misinkevych L. in his doctoral thesis, from the perspective of historical and social dimension, revealed processes in Ukraine rehabilitation of victims of political repressions of the Soviet era in the second half of the XX–XXI century. However, the legal basis of the right to restore the lost property as a result of repression and the transition of the right to the heirs rehabilitated remains unexplored.

Key words: rehabilitation, reconstruction, political repression, inheritance, testator, will, heir, turn.

Протягом років незалежності українська влада крок за кроком намагається вивільнитись зі спадщини авторитарного режиму радянської доби. Одним із таких кроків став Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їх символіки» від 09 квітня 2015 року [1]. В Преамбулі вказаного Закону зазначається, що Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України, керуючись положеннями Загальної декларації прав людини, беручи до уваги резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1096 (1996) від 27 червня 1996 року щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних режимів, № 1481 (2006) від 26 січня 2006 року щодо необхідності міжнародного засудження злочинів тоталітарних комуністичних режимів, № 1495 (2006) від 12 квітня 2006 року щодо боротьби з відродженням нацистської ідеології, № 1652 (2009) від 29 січня 2009 року щодо відношення до пам'ятників, що мають суперечливу історичну інтерпретацію у державах – членах Ради Європи, резолюцію Парламентської Асамблеї ОБСЄ SC (09) 3 R від 29 червня – 03 липня 2009 року щодо неприпустимості звеличення тоталітарних режимів, відкриття історичних та політичних архівів, вивчення тоталітарної спадщини та підвищення поінформованості громадськості, декларацію Європейського Парламенту від 23 вересня 2008 року щодо проголошення 23 серпня днем пам'яті жертв сталінізму і нацизму, враховуючи засудження у 1991 році Законом України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» політичних репресій, що здійснювалися протягом 1917-1991 років комуністичним тоталітарним режимом на території України, відмежування від методу державного терору в управлінні державою, притаманного комуністичному тоталітарному режиму, і проголошення намірів неухильно сприяти відновленню справедливості та усуненню наслідків свавілля і порушення громадянських прав, з метою недопущення повторення злочинів комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, будь-якої дискримінації за національною, соціальною, класовою, етнічною, расовою або іншими ознаками у майбутньому, відновлення історичної та соціальної справедливості, усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України приймає цей Закон, яким засуджує комуністичний та націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарні режими в Україні, визначає правові основи заборони пропаганди їх символіки та встановлює порядок ліквідації символів комуністичного тоталітарного режиму [1].

Прийняття цього Закону викликало жваву дискусію громадськості та дало поштовх науковцям для дослідження цього періоду, оскільки жертви політичних репресій радянського періоду досі не реабілітовані в повному обсязі.

Наразі представлений текс нової редакції Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій радянської доби в Україні», однак ґрунтовних наукових розробок щодо відновлення майнових прав цих громадян до цього часу не має.

Різні аспекти процесу реабілітації жертв політичного терору, безумовно, було досліджено такими науковцями, як Баран В. [2], Бажан О.[3], Дьомін Ю. [4], Лапчинська Н. [5], Місінкевич Л. [6], Скляренко В. [7], Шумило М. [8] та іншими. Дослідниками було проаналізовано реабілітаційні заходи, діяльність правоохоронних органів, залучених до їх проведення, відношення вищих органів влади до реабілітаційного процесу. Місінкевич Л. у своїй докторській дисертації з позиції історико-соціального аспекту розкрив процеси реабілітації в Україні жертв політичних репресій радянської доби у другій половині XX – на початку XXI століття. Однак правові основи відновлення права на втрачене у результаті репресій майно, а також перехід цього права до спадкоємців реабілітованого залишаються недослідженими.

Процес реабілітації жертв політичних репресій був поступовим. Умовно його можна поділити на три періоди: I – з 1953 року по 1984 роки, II – з 1985 по 1991 роки, III – з 1991 до сьогодення.

Вважаємо за доцільне зазначити, що з середини 50-х років XX століття починається процес по відновленню прав репресованих, пов'язаний із завершенням «сталінського режиму», певною лібералізацією суспільних відносин. Процес реабілітації розпочався у вересні 1953 року, коли Верховному Суду СРСР було надано право переглядати за протестами Генерального прокурора рішення колишніх колегій ДПУ, «трійок» і «особливої наради» при НКВС-МДБ-МВС СРСР.

Перші рішення щодо реабілітації приймалися з певною обережністю та з урахуванням розстановки сил всередині політичного керівництва країни. У 1953 році було здійснено перегляд справ деяких жертв сталінських репресій. Процедура реабілітації стосувалася лише окремих партійних і державних діячів та членів їх сімей. Відносної масовості процес звільнення незаконно репресованих громадян набув у травні 1954 року з прийняттям Постанови Ради міністрів СРСР «Про перегляд кримінальних справ на осіб, засуджених за контрреволюційні злочини, що утримуються в таборах, колоніях і тюрмах МВС СРСР і знаходяться в засланні на поселенні». Ця Постанова передбачала створення центральних і місцевих комісій, які були наділені особливими правами та повноваженнями та проводили реабілітацію та звільнення безпосередньо у місцях позбавлення волі [9].

Продовженням процесу реабілітації стала доповідь Хрущова Н. «Про культ особи та його наслідки» на XX з'їзді КПРС від 25 лютого 1956 року, в якій було відображено масштаби репресій, методи та роль Сталіна у цих заходах.

У цей період на виконання поставлених завдань з реабілітації жертв політичних репресій Радою Міністрів СРСР приймається Постанова від 08 вересня 1955 року № 1655 «Про трудовий стаж, працевлаштування та пенсійне забезпечення громадян, необґрунтовано залучених до кримінальної відповідальності і згодом реабілітованих» 10], у ст. 1 якої встановлювався порядок обчислення трудового стажу необґрунтовано залучених до кримінальної відповідальності і згодом реабілітованих. У випадках посмертної реабілітації двохмісячна заробітна плата виплачувалась сім'ї реабілітованого (п. а ст. 3), також для членів сім'ї призначалась пенсія з нагоди втрати годувальника на загальних умовах (п. 2 ст. 4). Пенсії обчислювалися, виходячи із заробітку по роботі до дня звернення за пенсією. У тих випадках, коли ці громадяни до дня звернення за пенсією не працюють на підприємствах і в установах або отримували заробітну плату в менших розмірах, ніж до арешту, пенсії призначались їм, виходячи з місячного окладу (ставки), що існував до дня реабілітації, на посаді (роботі), займаній до арешту, або з іншої аналогічної посади (роботи) (п. 3 ст. 4). Цей нормативно-правовий акт заклав основи для подальшої реабілітації жертв політичних репресій та відновлення їх прав та прав спадкоємців вищезазначених осіб, однак реабілітація у цей період була не повною та носила політичний характер.

Впровадження нових змін і доповнень, безсумнівно, було пов'язано з періодом перебудови (1985-1991 роки) країни, який було проголошено на Квітневому Пленумі ЦК КПРС, що передбачав дії, спрямовані на пожвавлення економічного зростання, соціальних та політичних перетворень у країні.

У руслі останніх був відновлений процес реабілітації прав репресованих у 30-40-і роки XX століття. Значно він активізувався після прийняття Указу Президії Верховної Ради СРСР «Про додаткові заходи по відновленню справедливості стосовно жертв політичних репресій, що мали місце в період 30-40-х – на початку 50-х років» від 16 січня 1989 року [11], згідно якого відновлювалася діяльність правоохоронних органів з перегляду справ репресованих громадян. Погоджуємося з думкою Адамовського В., що серед перших кроків на шляху відновлення історичної справедливості щодо репресованих у роки радянської влади народів було прийняття Декларації Верховної Ради СРСР «Про визнання незаконними і злочинними репресивних актів проти народів, яких було піддано насильницькому переселенню, і забезпечення їхніх прав». Результатом дії Декларації стало скасування актів найвищих органів державної влади СРСР, які послужили основою для протиправного насильницького переселення окремих народів з місць постійного проживання, обмеження прав громадян з числа цих народів, а також незаконної ліквідації деяких національно-державних утворень [12, с. 27].

Реабілітація прав репресованих згідно вищезазначених законодавчих актів проводилась на основі партійно-політичних рішень, на підставі яких було скасовано незаконні акти проти народів та осіб, які зазнали примусового переселення і обмеження в правах за національною ознакою, визнані незаконні репресії позасудових органів в 30-50-ті роки XX століття у політичних справах та репресії, що проводились щодо селян в період колективізації, а також щодо всіх інших громадян за політичними, соціальними, національними, релігійними та іншими мотивами у 20-50-х роках XX століття.

На початку 90-х років XX століття було видано Указ Президента СРСР «Про поновлення прав усіх жертв політичних репресій 20-30-х років» від 13 серпня 1990 року. Слід погодитись із думкою Скальського В., голови Городецької районної ради народних депутатів, який на тридцять другому засіданні Верховної Ради України під час розгляду проекту Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» зазначив, що постанови та укази по правам репресованих поділили вищезазначених осіб на свого роду «касти» з різними правами на компенсацію. Більше прав мають ті громадяни або їх спадкоємці, які реабілітовані ухвалами судових інстанцій, згідно Постанови Ради Міністрів СРСР «Про трудовий стаж, працевлаштування та пенсійне забезпечення громадян, необґрунтовано притягнутих до кримінальної відповідальності та згодом реабілітованих» № 1655 від 08 вересня 1955 року. Продовжуючи свою доповідь депутат зазначив, що громадяни, яким повернуто чесне ім'я згідно з Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про додаткові заходи по відновленню справедливості стосовно жертв політичних репресій, що мали місце в період 30-40-х – на початку 50-х років» від 16 січня 1989 року та Указом Президента «Про поновлення прав усіх жертв політичних репресій 20-30-х років» від 13 серпня 1990 року, одержують, практично, тільки довідку про реабілітацію [13].

Звернемо увагу на те, що вищезазначені акти відновлювали не всі права репресованих, не встановлювали вичерпного переліку осіб, які підлягають реабілітації, періоду, впродовж якого визначаються самі репресовані дії, тому перед Верховною Радою України поставало завдання у прийнятті нового законодавства, яке б врегульовувало майнові права постраждалих та їх спадкоємців.

У цей період законодавець не оминув права репресованих, на відновлення яких було прийнято Закон УРСР «Про реабілітацію жертв політичних репресій» від 17 квітня 1991 року. У Преамбулі вищезазначеного нормативно-правового акту наголошувалося, що цим Законом ліквідовуються наслідки беззаконня, допущені з політичних мотивів до громадян України, поновлюються їх права, встановлюються компенсація за незаконні репресії та пільги реабілітованим. Статтею 5 Закону УРСР «Про реабілітацію жертв політичних репресій» від 17 квітня 1991 року встановлювалась грошова компенсація для осіб, які відбували покарання у вигляді позбавлення волі або примусового поміщення у лікувальні заклади. Однак для спадкоємців вищезазначені виплати не передбачались, крім випадків, коли вони були нараховані, але не виплачені. Реабілітованим (або їх спадкоємцям) були надані відповідні гарантії та права:

– вилучені будівлі та інше майно по можливості (якщо будинок незайнятий, а майно збереглося) поверталось реабілітованому або його спадкоємцям натурою, при відсутності такої можливості заявнику відшкодовувалась вартість цього майна (ст. 5);

– реабілітованим громадянам, які потребували поліпшення житлових умов, надавалось право на першочергове одержання житла, це право зберігалось також за одним із подружжя, якщо вони не створили нову сім'ю, батьками і дітьми, які проживали спільно до арешту і у зв'язку з застосуванням репресій втратили право на займане житло та потребують поліпшення житлових умов (ст. 6) [14].

Однак були й певні обмеження у правах репресованих громадян, а саме майно, яке було націоналізовано (муніципалізовано) на підставі відповідних нормативних актів, не поверталося. Заяви про компенсацію та повернення майна мали бути подані не пізніше трьох років з моменту набрання чинності цього Закону або з дня одержання довідки про реабілітацію. Законом не було визначено, хто має право подавати заяви про визнання громадянина репресованим, чи самостійно репресована особа, або цим правом також наділені його спадкоємці.

Взагалі прийняття цього Закону мало важливе історичне значення, оскільки владою було засуджено злочини керівних органів Радянського Союзу і підтверджено орієнтир України на демократичні цінності, забезпечення прав і свобод людини, а також визнання людини, її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю.

Процес реабілітації із прийняттям вищезазначеного акту не було закінчено, оскільки у зв'язку з численними зверненнями осіб про незрозумілість норм було прийнято Постанову Верховної Ради України «Про тлумачення Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» від 24 грудня 1993 року [15], в якій визначалося, що майно (або його компенсація) повертається тільки спадкоємцям першої черги (коло яких визначалось на день винесення рішення про реабілітацію) на підставі отриманого у нотаріальній конторі свідоцтва про право на спадщину. Логіка законодавця була зрозумілою, оскільки, як правило, спадкоємці першої черги проживали разом із репресованими особами і вони також постраждали від репресій, однак право на свободу заповіту було порушено як для заповідача, так і його спадкоємців.

На сьогодні проблема відновлення майнових прав реабілітованих осіб за політичних мотивів залишається відкритою, про що свідчать проекти Законів України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» [16]. У законопроекті, запропонованому Подкуром Р., Амосном А. та Лапчинською Н. було зазначено, що нерухоме майно, в разі якщо воно збереглося, повертається реабілітованим та їхнім спадкоємцям першої черги. В разі неможливості повернення – відшкодовується його вартість. Будинок та інше нерухоме майно, конфісковане у зв'язку з політичними репресіями, повертається (або відшкодовується його вартість) його власникам або їхнім спадкоємцям першої черги. Права власності реабілітованій особі або її спадкоємцям першої черги на вилучену внаслідок репресій нерухомість повертаються тільки за умови перебування її в комунальній або державній власності [16].

В інших статтях автори законопроекту зазначають про право на приватизацію будинку чи помешкання в будинках реабілітованої особи, вартість відшкодування майна. Право власності реабілітованої особи відповідно до вищевказаного Законопроекту переходило б до спадкоємців першої черги. Однак, як у чинному Законі України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» так і в новому Законопроекті проблеми порушення прав заповідача та спадкоємців за заповітом залишаються невирішеними.

Підсумовуючи вищевикладене зазначимо, що процес відновлення прав репресованих з політичних мотивів за радянських часів був поступовим протягом трьох етапів. Останній, сучасний період, ще не завершився; на жаль, у нових проектах Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» права спадкоємців реабілітованих за політичних мотивів є обмеженими. На нашу думку, така ситуація склалась у зв'язку з тим, що більше уваги приділяється реабілітації як відновленню особистості в очах громадськості. Однак реабілітація має комплексний характер і повинні відновлюватись не тільки політичні, громадські, національні права (тобто нематеріальні), а і майнові (спадкові права в тому числі).

ЛІТЕРАТУРА

1. Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки : Закон України від 09 квітня 2015 року // Голос України. – 2015. – № 87.

2. Баран В. К. Україна в умовах системної кризи (1946–1980-ті рр.) / В. К. Баран, В. М. Даниленко. – К : Альтернативи, 1999. – 340 с.

3. Бажан О. Український національний рух : основні тенденції і етапи розвитку (кінець 1950-х–1980-ті роки) / О. Бажан, О. Данілюк. – К : Рідний край, 2000. – 232 с.

4. Дьомін Ю. Проблеми в роботі по реабілітації жертв політичних репресій / Ю. Дьомін // Право України. – 1996. – № 4. – С. 24–26.

5. Лапчинська Н. Закон України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» – не декларація, а питання державної політики / Н. Лапчинська // Проблеми історії України : факти, судження, пошуки. – 2003. – Вип. 7. – С. 465–470.

6. Місінкевич Л. Л. Діяльність державних органів незалежної України щодо реабілітації жертв сталінських репресій / Л. Л. Місінкевич // Історія України : маловідомі імена, події, факти. – 2002. – Вип. 34. – С. 323–340.

7. Скляренко В. Поширення інформації про реабілітацію жертв політичних репресій в УСРР – УРСР в інформаційному просторі незалежної України / В. Скляренко // Історія України : маловідомі імена, події, факти. – 2008. – Вип. 35. – С. 288–298.

8. Шумило М. Вдосконалення правового регулювання реабілітації жертв політичних репресій / М. Шумило // Право України. – 1992. – № 4. – С. 26–28.

9. Україна в умовах тимчасової лібералізації радянського суспільства (1953–1964 рр.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.litopys.com.ua/encyclopedia/smert-stal-na-kholodne-l-to-53-gokukurudzyana-kampan-ya-/ukra-na-v-umovakh-timchasovo-l-beral-zats-radyanskogo susp-lstva-1953-1964-rr-/.

10. Дзярновіч А. Рэабілітація / А. Дзярновіч [Електронний ресурс]. – Режим доступу : pawet.net/files/dz_realib.pdf.

11. О дополнительных мерах по восстановлению справедливости в отношении жертв репрессий имевших место в период 30-40-х и начала 50-х годов : Указ Президиума Верховного Совета СССР от 16 января 1989 года № 10036-XI // Ведомости СНД и ВС СССР . – 1989. – № 9. – Ст. 202.

12. Адамовський В. І. Правове регулювання відновлення прав необґрунтовано репресованих громадян у Росії (90-і роки XX ст.) / В. І. Адамовський // Університетські наукові записки. – 2014. – № 1 (49). – С. 26–32.

13. Стенограма пленарного Тридцять другого засідання Верховної Ради України від 27 березня 1991 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://iportal.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/4534.html.

14. Про реабілітацію жертв політичних репресій : Закон УРСР від 17 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 22. – Ст. 262.

15. Про тлумачення Закону України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» : Постанова Верховної Ради України від 24 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 15. – Ст. 88.

16. Чинний закон про реабілітацію жертв політичних репресій : змінити не можна, залишити [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cdvr.org.ua/content/

УДК 340

ВЖИВАННЯ ТЕРМІНІВ «ПРАВОВИЙ АКТ» І «ЮРИДИЧНИЙ АКТ» У СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

«LEGAL ACT» AND «JURIDICAL ACT» TERMS USAGE IN MODERN LEGAL SCIENCE

Сердюк І.А.,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Автор на основі проведених етимологічного та семантичного аналізу слів «правовий» і «юридичний» спробував подолати термінологічну невизначеність загальнотеоретичної категорії, що відображає волевиявлення право-дієздатних суб'єктів права. Наведено аргументи на користь вживання в правовій доктрині юридичних термінів «правовий акт» і «юридичний акт» як таких, що несуть у собі однакове смислове навантаження.

Ключові слова: акт, правовий акт, юридичний акт, інтерпретаційно-правовий акт, правозастосовний акт.

Автор на основе проведенных этимологического и семантического анализа слов «правовой» и «юридический» попытался преодолеть терминологическую неопределённость общетеоретической категории, которая отражает волеизъявление право-дееспособных субъектов права. Приведены аргументы в пользу употребления в правовой доктрине юридических терминов «правовой акт» и «юридический акт» как таких, которые несут в себе одинаковую смысловую нагрузку.

Ключевые слова: акт, правовой акт, юридический акт, интерпретационно-правовой акт, правоприменительный акт.

The author tries to overcome terminological uncertainty of general and theoretical category reflecting capable subjects' to law will on the basis of etymological and semantic analysis. There are given arguments proving the usage of the legal terms «legal act» and «juridical act» as carrying similar sense impact in the legal doctrine.

It is noted, that despite initial differences in the sense meaning of the words «legal» and «juridical», extrinsic evidence of which is their etymological aspect, the modern legal science should use their derivative terms «legal act» and «juridical act» as synonyms carrying similar sense impact.

«Legal act» notion ambit cannot be limited to only plurality of normative and legal acts, because both the acts of interpretation and the acts of norms of law application are directly related to the phenomenon of objective law. The positive proof of which is the use of the conjoint root «law» in terms «law interpreted» and «law applicable».

The important argument proving the truth of this judgment is legal position of the Constitutional Court of Ukraine according to which not only legal acts of the Verkhovna Rada of Ukraine and the President of Ukraine having normative character but also individual legal acts of the pointed state bodies should be checked on the subject of constitutionality.

Key words: act, legal act, juridical act, interpretational and legal act, law applicable act.

Важливою та необхідною передумовою розвитку загальнотеоретичної юридичної науки є визначеність її термінологічного ряду, що складається із словесних символів понятійно-категоріального апарату науки. Огляд навчальної та наукової юридичної літератури з відповідної тематики засвідчує той факт, що одним із елементів цього ряду, який до того ж характеризується певною невизначеністю, є спеціальний юридичний термін як словесне позначення категорії, що нею відображається волевиявлення право-дієздатних суб'єктів права.

Поняття правового акта, його диференціація, техніко-юридичні особливості окремих різновидів є традиційними питаннями, що комплексно розглядаються в межах як наукових монографій, так і підручників та навчальних посібників з теорії держави і права, а відповідні теоретичні розробки є вагомим здобутком національної та зарубіжної правової доктрини.

Водночас, на особливу увагу в контексті теми цієї праці заслуговує наукова стаття М. Цвіка «Про систему юридичних актів» [12], в якій автор, з-поміж інших питань, торкається і спеціальної юридичної термінології в аспекті предмета свого наукового дослідження. Теоретичні положення, викладені в цій праці мають методологічне значення і стануть предметом подальшого наукового аналізу.

Метою статті є спроба автора подолати термінологічну невизначеність категорії, що нею відображається волевиявлення право-дієздатних суб'єктів права, а також навести аргументи на користь вживання в сучасній правовій доктрині юридичних термінів «правовий акт» і «юридичний акт» як таких, що несуть у собі однакове смислове навантаження.

Огляд наукової і навчальної юридичної літератури свідчить як про відсутність єдності у поглядах учених щодо розуміння поняття «правовий акт», так і про вживання ними різних термінів для словесного позначення цієї загальнотеоретичної категорії.

Зауважимо, що в наукових і навчальних виданнях вживаються такі терміни, як словесний символ поняття,

що ним відображається волевиявлення право-дієздатних суб'єктів права, а саме: 1) «правовий акт»; 2) «юридичний акт».

Обидва вищеназвані терміни являють собою словосполучення, причому їх необхідною складовою є слово «акт», яке до того ж вирізняється своєю полісемічністю. Великий тлумачний словник сучасної української мови за редакцією В. Бусела містить такі інтерпретації терміна «акт»: 1) окремий прояв якої-небудь діяльності: дія, подія, вчинок; 2) закінчена частина театральної вистави, драматичного твору; дія; 3) писаний указ, грамота, постанова державного, суспільного значення; 4) урочисті збори в шкільних закладах у зв'язку з закінченням навчального року [6, с. 18].

Сучасний словник іншомовних слів, укладачами якого є О. Скопненко та Т. Цимбалюк виокремлюють такі значення слова акт (лат. «actus» – «дія»): 1) протокол, у якому фіксують певний факт; 2) одинична дія, вчинок; 3) офіційний документ, що має юридичну силу; 4) закінчена частина драматичного твору, театральної вистави; 5) статевий акт – злягання, статева близькість; 6) філософська категорія Аристотеля, яку прийняв томізм; діяльність, енергія, дійове здійснення чого-небудь разом з потенцією – силою, здатною на таке здійснення [11, с. 35].

Аналіз наведених вище тлумачень терміна «акт» свідчить про те, що лише три значення цього слова мають відношення до предмета дослідження, а саме:

1) окремий прояв якої-небудь діяльності: дія, подія, вчинок;

2) офіційний документ, що має юридичну силу (наприклад, писаний указ, грамота, постанова державного, суспільного значення);

3) протокол, у якому фіксують певний факт.

Попередньо зауважимо, що слова «правовий» та «юридичний», які є складовими досліджуваних нами термінів, зазвичай, уживаються як синоніми, що не зовсім коректно з погляду їх етимології.

Так, зокрема, термін «правовий» походить від латинського слова «jure», що означає «справедливий». І за змістом, і за етимологією коренем слова «справедливість» (лат. «justitia») є слово «право» (лат. «jus»). Тобто категорія «справедливість» сама по собі вміщує правове начало. Справедливість – це самовираз і самооцінка права і водночас правова оцінка усього позаправового [9, с. 41]. З огляду на вищевикладене, термін «правовий акт» буквально має трактуватись як справедлива дія (або справедливий юридичний документ визначеної юридичної сили).

Термін «юридичний» походить від лат. слова «juridious», що означає «судовий», а не «правовий». З огляду на цей факт, смислове навантаження словосполучення «юридичний акт» фактично має зводитися до дії суду (або офіційного документу, ухваленого судом).

Водночас, таку інтерпретацію цього терміна в сучасній юридичній науці не можна вважати методологічно коректною, а, отже, прийнятною, адже в правознавстві не лише словосполучення «правовий» і «юридичний», але й похідні від них терміни сприймаються як синоніми. Підтвердженням цього наукового факту є судження про термін, який складає предмет дослідження, укладачів Сучасного словника іншомовних слів. О. Скопненко і Т. Цимбалюк, які у такий спосіб тлумачать слово «юридичний»: (лат. «juridicus» – «судовий») – той, що стосується правознавства, правовий, напр., юридична освіта …[11, с. 761].

Найбільш послідовним у обстоюванні цього підходу слід вважати відомого російського теоретика права С. Алексєєва. Вчений, зокрема, наголошує на полісемічності терміна «правовий акт», і вирізняє такі його значення:

а) дія (поведінка), як правило, правомірна, тобто юридичний факт, що є підставою тих або інших правових наслідків;

б) результат правомірної дії, тобто юридично значущий елемент правової системи (юридична норма, індивідуальний припис, акт «автономного регулювання»), що став складовою правової тканини як наслідок правотворчої, владно-індивідуально-правової або автономної діяльності суб'єктів;

в) юридичний документ, тобто зовнішнє словесно-документально оформлене вираження волі, що закріплює правомірну поведінку та її результат [1, с. 192].

Розглядаючи закон як нормативний юридичний акт – джерело права, С. Алексєєв у своїй більш пізній науковій праці «Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования» наголошує на тому, що його (має\ться на увазі закон) необхідно відрізняти від інших правових актів, а саме:

1) від індивідуальних актів, тобто актів, що містять не норми права, а індивідуальні приписи з конкретних, «разових» питань;

2) інтерпретаційних актів, тобто актів тлумачення, в яких дається лише роз'яснення діючих норм, але не встановлюються нові або змінюються чи скасовуються діючі норми [2, с. 82].

Аналіз наведених вище суджень ученого свідчить про послідовність та незмінність поглядів правника у підході до визнання терміно-понять «правовий акт» і «юридичний акт» такими, що несуть у собі однакове смислове навантаження та мають тотожне змістовне наповнення, відповідно.

Цю думку поділяє і вітчизняний правник П. Рабінович, який поняття «правовий (юридичний) акт» визначає як формально-обов'язкове волевиявлення держави (її органу або уповноваженого нею суб'єкта) [10, с. 94]. Попри той факт, що у більш пізньому виданні, зокрема, Великому енциклопедичному словнику за редакцією Ю. Шемшученка вживаний термін «юридичний акт», його інтерпретація П. Рабіновичем залишились практично незмінними, свідченням чого є таке судження про предмет дослідження: «акт юридичний – волевиявлення держави (її органів, посадових осіб), формально обов'язкове для виконання» [5, с. 25].

Противником такої парадигми дослідження терміно-поняття «правовий акт» є відомий український учений М. Цвік. Правник зокрема, наголошує на тому, що, як правило, розглядаючи терміни «правовий» і «юридичний» науковці ототожнюють юридичні акти з правовими. Внаслідок цього у дослідженнях, вважає вчений, відсутня належна якість щодо низки аспектів розуміння ознак і змісту цих актів, їх співвідношення, характеру їх зв'язків з нормами права і юридичними приписами [12, с. 14-15].

На думку М. Цвіка, відсутність у вітчизняній правовій доктрині наукового поняття юридичного акта є наслідком недопустимої для юридичної науки «термінологічної неохайності» у вигляді ототожнення юридичних актів з їх різновидом – правовими актами. Аргументом на користь такого підходу, вважає правник, є аксіоматичне положення про обов'язково нормативний характер права, з якого випливає, що ненормативні юридичні акти аж ніяк не можуть визнаватися правовими. А це, в свою чергу, веде до висновку про недопустимість широко розповсюдженого поділу саме правових актів на нормативні та індивідуальні [12, с. 15].

Погляд М. Цвіка стосовно визнання правових актів різновидом юридичних актів поділяє М. Босенко. Такий умовивід можна зробити на основі аналізу наукової статті цього вченого «Суперечності у визначенні поняття «правовий акт»» [4]. Правник, зокрема, наголошує на тому, що правові акти можна відмежовувати від юридичних за низкою ознак: а) загальний характер їх змісту; б) можливість багаторазового застосування до передбачених нормою типових ситуацій; в) первісність сформульованих у них прав та обов'язків. «Термін «правовий акт», – продовжує вчений, – доречно використовувати лише до юридичних актів, яким передовсім властиві перелічені ознаки актів класичних, котрі складаються з приписів, що містять норми – масштаби поведінки» [4, с. 28].

Попри задекларовану назву своєї наукової праці М. Босенко також не уникла суперечливих суджень про предмет дослідження, свідченням чого є наведені нами вище алогічні тези правника про можливість відмежування правових актів від юридичних та доречність використання терміна «правовий акт» до юридичних актів.

Ми не ставимо під сумнів очевидного судження про обов'язково нормативний характер об'єктивного права, однак не погоджуємося повною мірою із тезою М. Цвіка про те, що ненормативні юридичні акти (маються на увазі передусім правозастосовні акти, що, як відомо, носять персоніфікований характер) аж ніяк не можуть визнаватися правовими. Вагомим аргументом на користь такого умовиводу є ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, припис якої визначає, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». Зважаючи на той факт, що практика Європейського суду з прав людини носить прецедентний характер, вважаємо обґрунтованим умовивід про рішення цієї міжнародної правозахисної інституції як форму об'єктивного права, розраховану на багаторазове застосування. Як відомо, форма об'єктивного права не може бути беззмістовною (тобто такою, що позбавлена правил поведінки), а, отже, ненормативною.

Вважаємо, що не позбавлений риси нормативності і такий різновид правового акта, як інтерпретаційно-правові акти, принаймні ті з них, які є результатом нормативного тлумачення правил поведінки загального характеру. Хоча ці акти й містять не правила поведінки, а правила їхнього розуміння, проте в механізмі правового регулювання не мають самостійного значення і повністю поділяють долю об'єктивованих в письмових джерелах права правил поведінки. Формальним (текстуальним) підтвердженням такої риси інтерпретаційно-правових актів, як нормативність, є словесний символ поняття «правовий акт нормативного тлумачення».

Як стверджує М. Цвік, зауваження викликає використання навіть такого фактично пануючого в тексті чинних нормативних актів і юридичній літературі терміна, як «нормативно-правивий акт». Його вживання веде до термінологічних надлишків і порушення правил законодавчої техніки. Вказівка на правовий характер акта, вважає вчений, поглинає його означення як акта нормативного, тому використання терміна «правовий» має безумовну перевагу як більш економне [12, с. 18-19].

На нашу думку, з наведеними вище судженнями М. Цвіка про предмет дослідження повною мірою погодитися не можна, свідченням чого слугує теза про те, що у словосполученні «правовий акт» більше економії смислу, ніж економії слів, адже чому правовий лише нормативний акт, а не правоінтерпретаційний чи правозастосовний? Вважаємо, що всі ці акти, з огляду на свою природу та функціональне призначення, безпосередньо пов'язані з феноменом об'єктивного права, а тому є правовими. Прямим підтвердженням цього є вживаний у термінах «правоінтерпретаційний» і «правозастосовний» спільний корінь «право». Про істинність наведеного судження свідчить і закономірність, яка існує між змістом поняття та його обсягом, що виражається у такій сентенції: «збагачення змісту поняття має наслідком звуження його обсягу, і навпаки – розширення обсягу поняття має наслідком зменшення його змісту». Відображенням екстраполяції вказаної закономірності на категорію «правовий акт» слугуватиме відповідне судження: «збагачення змісту категорії «правовий акт» такою суттєвою ознакою, як закріплення в акті правил поведінки загального характеру, має наслідком звуження її обсягу (обмеження множиною нормативно-правових актів)».

Зважаючи на обрану М. Цвіком парадигму дослідження юридичних актів, положення якої були проаналізовані нами вище, доволі суперечливою, а, отже, алогічною, є теза вченого про «правильну, хоча й гранично загальну характеристику юридичного акта Ж.-Л. Бержелем, який визначає його як акт, що вносить зміни в юридичну ситуацію» [12, с. 16]. Спробуємо аргументувати цей умовивід.

Категорія «юридичний акт» у Ж.-Л. Бержеля відображає явище правової дійсності, відмінне від того, що стало предметом дослідження українського правника. Зокрема, на думку М. Цвіка, в юридичних актах слід, перш за все, бачити форму, що складається з окремих приписів, за допомогою якої функціонують усі елементи правової системи. Ця форма, вважає вчений, повинна бути змістовною. Зміст юридичного акта залежить від характеру суспільних відносин, що ним регулюються (матеріальний зміст); від характеру відображення в ньому державної або народної волі (вольовий зміст); типу і характеру правових приписів, що ним встановлюються, і особливостей відображення в ньому вимог справедливості, законності і доцільності (юридичний зміст). Юридичний акт формується уповноваженими державними органами або іншими ініціаторами його видання і затверджується цими суб'єктами на референдумі [12, с. 16].

Головним критерієм класифікації юридичних актів правник вважає відмінність їх змісту. Цей зміст, на думку вченого, можуть становити як нормативні правила поведінки, так і ненормативні положення. Відповідно нормативні акти (в тому числі правові) та ненормативні є головними підсистемами в загальній системі юридичних актів, підґрунтям якої виступає не тільки система права, а й правова система в цілому [12, с. 16].

Усі вищенаведені судження М. Цвіка про юридичні акти з усією очевидністю є істинними по відношенню до такого їх різновиду, як нормативно-правові акти, адже саме їх функціональне призначення полягає у врегулюванні суспільних відносин.

Ж.-Л. Бержель у юридичному акті теж вбачає форму, щоправда не закріплення правових приписів, а їхньої безпосередньої реалізації індивідами. З приводу вольового змісту юридичного акта вчений, зокрема, зазначає, що у різних випадках такий акт може грунтуватися на волі або об'єднаній і узгодженій волі одного або його кількох авторів (про державну чи народну волю не згадується): цей акт може бути одностороннім, коли його джерелом є воля окремої людини, як у випадку заповіту, або двостороннім чи багатостороннім, коли його джерелом виступає об'єднана воля двох або кількох осіб, як у випадку договору [3, с. 433].

Підтвердженням того, що в юридичних актах Ж.-Л. Бержель вбачає саме акти безпосередньої реалізації норм права, слугує і відмінність у характері їх тлумачення. З цього приводу вчений, зокрема, зауважив: «В той час, як тлумачення закону носить в основному об'єктивний характер і складає природну місію касаційного суду, тлумачення юридичних актів (ці акти фактично розглядаються вченим як відмінні від закону) в основному суб'єктивне і виключає (уникає) контролю з боку касаційного суду. І суддя не має права вносити зміни в юридичні акти» [3, с. 435].

В контексті питання, що розглядається нами, не можна залишити поза увагою як приписи Основного Закону Української держави, що мають відношення до предмету дослідження, так і їх офіційну інтерпретацію Конституційним Судом України.

Принагідно відзначити, що в тексті Конституції України (ч. 2 ст. 84, ст. 91, ч. 4 ст. 106, ч. 2-3 ст. 117, ч. 2 ст. 135, ст. 150, ст. 152), яка є надбанням вітчизняної правової доктрини, своєрідним показником рівня її розвитку, вживаються такі словесні символи понять, що є відображенням волевиявлення органів публічної влади: «рішення», «акт», «нормативно-правовий акт», «правовий акт».

Правова позиція єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні з приводу офіційного тлумачення термі-

нів «рішення» та «акти», а також співвідношення однойменних категорій була сформульована ним у Рішенні від 14 жовтня 2003 року № 16-рп/2003. В мотивувальній і резолютивній частинах цього інтерпретаційного акта вищезгадані терміни тлумачаться у такий спосіб:

«Під терміном «рішення» Верховної Ради України, який вживається в ч. 2 ст. 84 Конституції України, треба розуміти результати волевиявлення парламенту України з питань, віднесених до його компетенції» (абз. 3 п. 5 мотивувальної частини та п. 1.1. резолютивної частини).

«Під терміном «акти», що вживається у ст. 91 Конституції України, необхідно розуміти рішення Верховної Ради України у формі законів, постанов тощо, які приймаються Верховною Радою України визначеною Конституцією України кількістю голосів народних депутатів України» (абз. 6 п. 5 мотивувальної частини та п. 1.1. резолютивної частини) [8, с. 304, 307].

В абз. 6 п. 5 мотивувальній частині аналізованого нами інтерпретаційного акта відображена правова позиція Конституційного Суду України щодо співвідношення вищезгаданих правових феноменів. Суб'єкт офіційного тлумачення, зокрема, зауважив таке: «З положень ч. 2 ст. 84, ст. 91 Конституції України випливає, що терміни «рішення» і «акти» Верховної Ради України – це взаємопов'язані правові категорії, які співвідносяться між собою як зміст і форма» [8, с. 304].

В аспекті досліджуваної нами проблематики заслуговує на увагу правова позиція Конституційного Суду України з приводу визначених статтями 147 та 150 Основного Закону Української держави меж його юрисдикції. У своєму Рішенні від 27 березня 2002 року за № 7-рп/2002 (справа щодо актів про обрання/призначення суддів на посади та про звільнення їх з посад) єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні зауважив: «за змістом цих статей (маються на увазі статті 147, 150 Конституції України) перевірці на предмет конституційності підлягають, зокрема, правові акти Верховної Ради України, акти Президента України. При цьому серед них не виділено нормативно-правових або індивідуально-правових актів. Тобто, до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань щодо конституційності правових актів Верховної Ради України та Президента України, незалежно від того, мають вони нормативно-правовий чи індивідуально-правовий характер» (абз. 5 п. 4 мотивувальної частини та абз. 2 п. 1 резолютивної частини) [7, с. 236-238].

Незважаючи на початкові відмінності у смислових значеннях слів «правовий» і «юридичний», свідченням чого є їх етимологічний аспект, сучасна юридична наука має використовувати похідні від них терміни «правовий акт» і «юридичний акт» як синоніми, що несуть у собі однакове смислове навантаження.

Обсяг поняття «правовий акт» неприпустимо обмежувати лише множиною нормативно-правових актів, адже з феноменом об'єктивного права безпосередньо пов'язані як акти тлумачення, так і акти застосування норм права. Прямим підтвердженням цього є вживаний у термінах «правоінтерпретаційний» і «правозастосовний» спільний корінь «право».

Вагомим аргументом на користь істинності цього судження є правова позиція Конституційного Суду України, згідно з якою перевірці на предмет конституційності підлягають не лише правові акти Верховної Ради України та Президента України, що мають нормативний характер, але й індивідуально-правові акти вказаних державних органів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Алексеев С. С. Общая теория права / С. С. Алексеев. – В 2 т. – Т. II. – М. : Юрид. лит., 1982. – 360 с.

2. Алексеев С. С. Право : азбука – теория – философия : Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : «Статут», 1999. – 712 с.

3. Бержель Ж.-Л. Б. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко / Пер. с фр. – М. : Издательский дом NOTA BENE, 2000. – 576 с.

4. Босенко М. Суперечності у визначенні поняття «правовий акт» / М. Босенко // Віче. – 2009. – № 18. – С. 27–29.

5. Великий енциклопедичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2007. – 992 с.

6. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

7. Конституційний Суд України : Рішення. Висновки. 2001–2002 / Відп. ред. к. ю. н. П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 384 с.

8. Конституційний Суд України : Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. к. ю. н. П. Б. Євграфов. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 584 с.

9. Петровий С. І. Сучасне праворозуміння як наукова основа дослідження законності / С. І. Петровий // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – Випуск 13. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2001. – С. 38–47.

10. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави / П. М. Рабінович. – Вид. 5-те, зі змінами. – К. : Атіка. – 2001. – 176 с.

11. Сучасний словник іншомовних слів : Близько 20 тис. слів і словосполучень / Уклали : О. І. Скопненко, Т. В. Цимбалюк. – К. : Довіра, 2006. – 789 с.

12. Цвік М. В. Про систему юридичних актів / М. В. Цвік // Вісник академії правових наук України. – 2002. – № 4 (31). – С. 14–24.

УДК 340.1

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СУТНІСНИХ ОЗНАК ГЛОБАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ

THEORETIC AND LEGAL ANALYSIS OF THE ESSENTIAL FEATURES GLOBAL LEGAL SYSTEM: SOME QUESTIONS

Старов А.В.,
магістрант
Інститут права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом

Автор статті здійснює спробу дослідити основні закономірності формування глобальної правової системи, сформулювати її сутнісні ознаки та визначити тенденції розвитку. Визначено, що правова система є складним правовим явищем, структура якого утворюється не лише із права як нормативної системи, його джерел, а й правосвідомості, праворозуміння, правоутворення, правозастосування, юридичної науки, юридичної практики тощо.

Ключові слова: правова система, структура правової системи, глобалізаційні світові процеси, глобальна правова система.

Автор статьи делает попытку исследовать основные закономерности формирования глобальной правовой системы, сформулировать ее сущностные признаки и определить тенденции развития. Определено, что правовая система является сложным правовым явлением, структура которого образуется не только из права как нормативной системы, его источников, но и правосознания, правопонимания, правообразования, правоприменения, юридической науки, юридической практики и т. п.

Ключевые слова: правовая система, структура правовой системы, глобализационные мировые процессы, глобальная правовая система.

The author makes an attempt to explore the basic laws of the formation of a global legal system, to formulate its essential characteristics and to determine trends. The legal system is a complex legal phenomenon, which structure is formed not only from the law as a regulatory system, its sources, and justice, of law, lawform, enforcement, jurisprudence, legal practitioners and the like. The concept of the legal system can cover all the legal effects, not only in their entirety, but also in mutual influence and interaction. To date, the number of national legal systems of several hundred, and all of them, on the one hand, have something in common as the legal systems, and on the other – certainly different specific features caused by various factors. The essential characteristics of an a number of legal systems provide scientists an opportunity to combine them into a legal family, which interact on the basis of the ideals of the strategic partnership, and eventually turn into constituent elements of the structure of a global legal system.

Key words: legal system, legal system structure, globalization global processes, global legal system.

Актуальність дослідження заявленої проблематики зумовлюється тим, що розуміння сутності та специфіки функціонування правових систем сучасності в умовах інтенсифікації світових глобалізаційних та інтеграційних процесів, набуває дедалі більшого значення. Ми наразі спостерігаємо створення нового світопорядку, у якому відбувається трансформація та модифікація правових систем.

Поняття правової системи є самостійним поняттям, одним із основних у сучасній юридичній науці та суспільствознавстві. Його поява стала можливою завдяки комплексному підходу в дослідженні правових явищ шляхом поєднання формально-юридичного, порівняльно-правового та соціологічного методів пізнання. Становлення цього поняття пов'язане з розвитком наукового праворозуміння, яке включає не лише поняття права, але й низку інших загальнотеоретичних правових категорій та понять, які охоплюють усю систему правових явищ, а також філософських і соціологічних категорій, що виражають зв'язки опосередкування права та інших соціальних явищ [1, с. 11].

Наразі існують різноманітні підходи до розуміння правової системи, є досить велика кількість аспектів такого наукового процесу, накопичений об'ємний науковий матеріал. Так, проблеми правової системи висвітлювалися у працях С. Алексєєва, В. Бабаєва, О. Васильєва, М. Голдінга, Р. Давида, В. Денисова, О. Зайчука, Ж.-Ж. Карбоньє, В. Карташова, Г. Кельзена, Д. Керімова, М. Козюбри, В. Кудрявцева, Т. Кухарук, Р. Лівшица, О. Лукашової, О. Малька, М. Марченка, М. Матузова, Б. Назарова, К. Ньютона, Ю. Оборотова, Н. Оніщенко, І. Петеліної, С. Поленіної, Д. Раса, М. Рейснера, П. Рабіновича, А. Саїдова, О. Скакун, В. Синюкова, Д. Тернера, Л. Тіунової, Ю. Тихомирова, Л. Фрідмена, Л. Явича та ін. Проте, і до тепер відсутня єдність поглядів на поняття правової системи, його гносеологічну та методологічну цінність, генезис.

Термін «правова система» використовувався ще у XIX ст., однак як синонім права або законодавства. Утворення та функціонування національних правових систем посилювали інтерес до дослідження іноземного права. Розвиток юридичної науки кінця XIX – початку XX ст. досяг рівня становлення такого напряму дослідження як порівняльне правознавство, яке пізніше формується як самостійна галузь знань. Саме порівняльне правознавство протягом минулого століття найбільш детально досліджувало правові системи [2, с. 17-18].

У порівняльному правознавстві термін «правова система» використовувався у трьох значеннях: 1) у розумінні типу права; 2) як тотожні поняття з правом або законодавством; 3) у розумінні груп правових систем (правової сім'ї) [3, с. 90-93]. Сучасна ж компаративістика розрізняє широке і вузьке розуміння правової системи. У широкому розумінні – це сукупність національних правових систем, які об'єднує спільність походження джерел права, основних правових понять, методів та способів розвитку. У вузькому – національна правова система [4, с. 77].

Дійсно, поняття правової системи дозволяє охопити всі правові явища не тільки в їх сукупності, а й у взаємовпливі і взаємодії. На сьогоднішній день кількість національних правових систем налічує декілька сотень, і всі вони, з одного боку, мають щось спільне як правові системи, а, з іншого, – безсумнівно, відрізняються одна від одної специфічними ознаками, зумовленими різноманітними факторами. Сутнісні ознаки, які притаманні низці правових систем, надають науковцям змогу об'єднати їх у правові сім'ї, які, взаємодіючи на основі ідеалів стратегічного партнерства, з часом перетворюються на складові елементи структури глобальної правової системи [5, с. 399-400].

Проте, помилковим би було вважати, що глобальна правова система має виключно збірний характер. Право-

ві явища, які утворюють її структуру, мають певну логіку взаємодії, а тому, переходячи у якість складових компонентів новоствореної системи (глобальної правової системи), набувають абсолютно нових якостей, завдяки чому й відрізняють глобальну систему від її внутрішньодержавних та регіональних компонентів. Так, системоутворюючими матеріальними чинниками внутрішньодержавного права є людина та створювані нею об'єднання, що існують у сфері виняткової юрисдикції окремих держав, в той час як суб'єктно-сутнісний рівень глобальної правової системи включає в себе й низку інших реальних елементів, до числа яких відносяться універсальні й регіональні міжнародні організації, нації і народи, що ведуть боротьбу за свободу, незалежність, створення власної державності тощо.

Сутнісною ознакою глобальної правової системи є формулювання та використання загальних для всього світового співтовариства рис, які дозволяють суб'єктам права з високим ступенем однаковості сприймати та оцінювати правову реальність. Необхідність вирішення глобальних проблем сучасності, а також прагнення до вдосконалення правового регулювання та регламентації різноманітних міжнародних зв'язків є тими факторами, які спонукають фахівців у галузі права здійснювати порівняльно-правовий аналізу сукупності соціально-правових та морально-етичних явищ, властивих різним суб'єктам національних правопорядків. Результатом цієї кропіткої роботи є саме формування загальної правосвідомості, яка виступає одним із найважливіших елементів глобальної правової системи.

Наступною сутнісною ознакою глобальної правової системи є універсальність норм міжнародного права, які, поширюючи свою дію на всі національно-правові системи, координують зусилля всієї світової спільноти, необхідні для подолання комплексу глобальних проблем та забезпечення сталого розвитку у планетарному масштабі. Яскравим прикладом таких міжнародно-правових регуляторів є основні принципи сучасного міжнародного права, а також безліч інших уніфікованих норм, які знайшли своє відображення у різноманітних деклараціях та договорах. У зв'язку з цим слід зазначити, що перелік суспільних відносин, які мають спільний предмет правового регулювання наразі є досить широким, а, з огляду на прагнення національних правопорядків до уніфікації та гармонізації нормативного масиву, можна спрогнозувати, що кількість таких сфер буде тільки зростати. Сукупність універсальних норм характеризує глобальне право як загальний для світової спільноти регулятор соціальних процесів, які зачіпають права та законні інтереси усіх фізичних та юридичних осіб, народів, націй і держав. Виступаючи як провідник волі кожного із зазначених суб'єктів, універсальні норми змушують працювати інші структурні елементи глобальної правової системи на її об'єктивацію в правову реальність. Саме це й зумовлює необхідність формування планетарних структурно-функціональних блоків, що якісно відрізняються від елементів правових утворень нижчого рівня. Сам факт появи універсальних норм свідчить про формування всесвітньої правової системи, обумовленої необхідністю удосконалення національних правопорядків.

Специфічною особливістю, яка притаманна глобальній правовій системі є те, що остання охоплює всю сукупність міжнародних відносин, які отримали своє юридичне оформлення через визначення конкретних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, функцій та компетенції суб'єктів права, які беруть в них участь. Детальна регламентація зазначених зв'язків має вкрай важливе значення, оскільки забезпечує взаємну узгодженість у правотворчій та правозастосовчій сферах у планетарному масштабі. Слід звернути увагу, що даному рівню організації глобальної правової системи характерні й певні недоліки, а саме: відсутність єдиної системи міжнародного правосуддя, неузгодженість діяльності численних міжурядових організацій. Однак, активізація інтеграційних прагнень з боку багатьох національних правопорядків свідчить про те, що процес зміцнення структурної єдності між елементами глобальної правової системи перебуває на етапі свого активного формування. Але слід у цьому питанні виходити із розуміння, що зазначений процес має об'єктивно довготривалий характер.

Аналіз соціально-результативного рівня досліджуваної системи відображає готовність суб'єктів міжнародного права до здійснення правової діяльності у всесвітньому масштабі, а також свідчить про ідентичність інтересів всієї людської цивілізації.

Завдяки комплексному аналізу зазначених вище специфічних ознак, наукове середовище має змогу конкретизувати уявлення про таке багатоаспектне правове явище як глобальна правова система, що дозволяє визначити закономірності її розвитку, а також принципи взаємодії з національними правопорядками. Розглядаючи перетворення, що відбуваються на кожному з цих організаційних рівнів зазначеної системи, видається можливим прогнозувати, що формування загальної для всіх суб'єктів міжнародного права системи на практиці має здійснюватися шляхом передачі частини національних повноважень у сфері правотворчої та правозастосовної діяльності на міжнародний рівень. Звичайно, що за такого підходу глобальними юридичними інститутами та установами виступатимуть структурні елементи правонаступника, що диференціюються на основі принципу поділу влади. Наступний рівень подібної системи здатний утворити діючі на сьогоднішній день регіональні та міжрегіональні міжнародні організації, чия компетенція визначає й характер покладених на них повноважень. Предметом регулювання національних правопорядків як складових компонентів нижчого рівня глобально-правової системи необхідно розуміти вирішення питань, специфіка яких обумовлена культурними, релігійними або іншими особливостями конкретної держави. Досягнення ж кінцевих результатів має здійснюватися шляхом скоординованого впливу глобального, міжрегіонального, регіонального та національного регулювання, утвореного на основі єдиної, багаторівневої системи правотворчих, виконавчих та судових органів, які між собою перебувають у чіткій взаємодії та координації, адже в основу функціонування системи глобального права має бути покладено принцип демократії, що надасть можливість узгодження специфічних особливостей різних правових систем [6, с. 128].

В цьому сенсі варто зауважити, що неприпустимим при інтегруванні внутрішнього права різних держав є застосування насильницьких методів, оскільки це неминуче провокуватиме зростання антицентрових настроїв у національних правопорядках. Подібний підхід до формування глобальної правової системи стане не просто перешкодою на шляху до динамічного розвитку цивілізації, а й власне актуалізує безліч проблемних аспектів у вигляді військових конфліктів, спрямованих на захоплення домінуючого становища у загальносвітовому порядку. Ця обставина дозволяє зробити висновок про неможливість та небезпеку необгрунтованого прискорення темпів глобалізаційного процесу з ініціативи однієї або декількох держав. Передача частини національних повноважень у правотворчій та правозастосовній сфері повинна здійснюватися лише в міру готовності окремих правопорядків стати сегментами у структурі глобального права.

На сьогоднішній день, питання про можливість існування та розвитку національних правових систем у концепції глобального права також не знімається з порядку денного, оскільки доволі реалістичним є припущення про потенційне створення загальної міжнародної правової системи не для того, щоб замінити національні правові системи, а для того, щоб у певних випадках виконувати функцію центрального інституту демократичної співпраці всередині держав та між ними [7]. На наше переконання,

така теза заслуговує на увагу, оскільки як би далеко не зайшов процес глобалізації права, навряд чи варто припускати, що він охопить всі суспільні відносини, враховуючи безліч культурних, світоглядних, політичних та інших особливостей, характерних для різних націй, народів та держав.

Кожна правова система є не лише комплексним явищем, але й таким, що постійно розвивається. Динаміка зазначеної системи характеризується суворою спрямованістю, обумовленою тенденціями вдосконалення геополітичного та економічного буття. Основна закономірність, яка визначає динаміку правової системи, полягає у вимозі відповідності правових явищ фактичним суспільним відносинам. Ця обставина дозволяє визначити формування планетарної правової системи як послідовне, еволюційне перетворення, що відбувається у межах всесвітнього історичного процесу. Ця закономірність включає в себе проблеми адекватного відображення в нормативному масиві потреб світового співтовариства у глобальному регулюванні, стратегічного партнерства, а також проблеми розробки та прийняття єдиної законодавчої бази у галузях, що вимагають координації зусиль усього людства. Однак відповідність суспільних відносин правовим явищам, завдяки яким здійснюється їх регулювання, не досягається автоматично. Регламентація глобальних зв'язків вимагає від національних правопорядків передачі частини повноважень на міжнародний рівень з метою створення єдиного організаційно-правового механізму. Разом з тим, такий механізм не слід ототожнювати з поняттям глобальної правової системи, оскільки дана категорія вказує лише на функціональну сторону процесу регулювання суспільних відносин, у той час як глобальна правова система є більш широким поняттям, що уособлює цілісність та взаємозв'язок всіх структурних елементів, єдність станів статики та динаміки права. Діяльність такого механізму сама по собі потребує детальної правової регламентації. Визначення послідовності дій його елементів, можливостей їх коригування, номенклатури правотворчих та правозастосовних органів й багато іншого слід передбачити в універсальному правовому акті або декількох пов'язаних між собою актах, необхідність прийняття яких вже назріла.

Враховуючи зазначене вище, на нашу думку вірною з точки зору теорії права буде вказівка на те, що в якості ще однієї закономірності розвитку можна визнати поступове та послідовне зближення природно-правових та державно-правових засад у правовій системі, що відбувається через зростання рівня загальнолюдської культури, реалізації морально-гуманістичних суспільних ідеалів. Конституювання цієї закономірності пов'язано з характеристиками права як міри свободи, гарантії соціальної справедливості. Реалізація її залежить від здійснення таких взаємопов'язаних і взаємодіючих тенденцій, як: підвищення ступеня вираженості у праві загальнонародної волі та втілення її у життя, поведінку і діяльність суб'єктів права; посилення ролі правового регулювання; перенесення центру тяжіння у правовому регулюванні із заборонних заходів на заходи дозволу, розширення та інтенсивне застосування методів переконання, заходів профілактики, позитивного стимулювання [8, с. 300].

Дійсно, зазначена закономірність справедливо може розглядатися як одна із фундаментальних засад формування глобальної правової системи, а методологічною основою даного процесу є синтез методологій, властивих різним концепціям праворозуміння. Запит на такого роду синтез доводиться самою історією світової цивілізації, а саме її поетапним переходом від мікро– до макросистемного рівня організації, структурна єдність якої обумовлюється потребою у стратегічному партнерстві. Більш того, темпи зближення природно-правових та позитивістських поглядів, інтегрування їх методологічних основ як фактор, необхідний національним правопорядкам для захисту своїх геополітичних, економічних та інших інтересів в умовах глобалізації, тільки зростатимуть.

Так само, як і правова система, закономірності її розвитку також носять комплексний характер, що проявляється у поєднанні природно-правових та позитивістських поглядів, забезпеченні відповідності правових явищ тим фактичним відносинам, які ними регулюються, що зумовлює ще одну тенденцію, яка об'єктивується в якісній зміні нормотворчої технології. Впорядкованість взаємозв'язків та структурна єдність глобальної правової системи здебільшого залежать від високого ступеня однорідності взаємодії між її сегментами. Досягнення таких результатів є можливим лише шляхом розробки та прийняття універсальних правових стандартів, що стосуються виконання відповідних процедур у правотворчій та правозастосовній сфері. Формування глобальної правової системи через інтегрування національних, регіональних та міжрегіональних компонентів є суттєвим кроком на шляху до прогресу всієї людської цивілізації. Для одних правопорядків такий перехід означатиме послідовність та еволюцію, а для інших – стрибкоподібний розвиток. Саме прийняття універсальних стандартів дозволить забезпечити поєднання динамізму та стабільності правових явищ, яке конче необхідне для інтегрування нормативно-регулятивних рівнів внутрішньодержавного права у глобальну правову систему. За аналогією із чітко структурованою системною будовою клітин людського тіла, яка утворює цілісний живий організм, відбувається становлення глобального нормативного масиву, спрямованого на регламентацію та регулювання глобалізаційних процесів інших сфер людського буття, що сприятиме оптимальному конструюванню правових інститутів та системи в цілому. Більш того, універсальний нормативний зріз неминуче впливатиме й на інші системоутворюючі чинники, сприяючи зближенню суб'єктно-сутнісного, інтелектуально-психологічного, організаційно-діяльнісного та соціально-результативного базисів, ілюструючи тим самим взаємодоповнюючий характер уніфікації та гармонізації права як найважливіших методів глобалізаційного процесу.

Резюмуючи зазначене вище, можна дійти висновку про те, що у подальшому глобальна правова система може розглядатися як цілісний комплекс правових явищ, який використовується для регулювання міжнародних зв'язків та вирішення глобальних проблем сучасності, формування якого обумовлено закономірностями розвитку світової спільноти. Структурними елементами зазначеної системи пропонуємо розглядати національні, регіональні та міжрегіональні блоки, які взаємодіють на основі ідеалів стратегічного партнерства. Будучи певним чином структурованими, правові явища, що входять до складу глобальної правової системи, набувають якостей, що відрізняють останню від внутрішньодержавних та регіональних компонентів. Специфіка суб'єктно-сутнісного рівня полягає у тому, що крім держав як учасників транснаціональних зв'язків, суб'єктами даної системи визнаються також й міжурядові організації тощо. Своєрідність інтелектуально-психологічного витоку полягає у визначенні загальних для світового загалу рис, що дозволяють з високим ступенем однаковості сприймати та оцінювати правову реальність. В якості ще одного системоутворюючого елемента слід розуміти й універсальні норми міжнародного права, які координують зусилля світового співтовариства, необхідні для забезпечення сталого розвитку цивілізації. Специфіка організаційно-діяльнісного рівня полягає у тому, що глобальна правова система охоплює всю сукупність міжнародних відносин, які отримали юридичне оформлення саме через визначення прав та обов'язків, функцій та компетенцій їх учасників. Соціально-результативний рівень глобальної правової системи відображає готовність цих суб'єктів до здійснення правової діяльності у всес-

вітньому масштабі, а також вказує на ідентичність інтересів окремих держав, народів та індивідів, включаючи їх свободи до складу правопорядку, що знаходиться у стані формування.

Динаміка глобальної правової системи обумовлена тенденціями удосконалення геополітичного та економічного буття, а основна закономірність її розвитку полягає у вимозі відповідності правових явищ фактичним суспільним відносинам. Забезпечення такої відповідності вимагає від національних правопорядків передачі частини повноважень у правотворчій та правозастосовній сфері на міжнародний рівень з метою створення єдиного організаційно-правового механізму. Однак визначення послідовності дії його елементів, номенклатури органів й багато іншого слід передбачити в універсальному правовому акті, необхідність прийняття якого вже назріла. Ще одна тенденція формування глобальної правової системи полягає у зміні нормотворчої технології. Структурна цілісність даної системи здебільшого залежить від високого ступеня однорідності, здійснюваної між компонентами її взаємодії. Досягнення ж необхідних результатів є можливим виключно шляхом прийняття універсальних стандартів, що стосуються виконання відповідних процедур у правотворчій та правозастосовній сферах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мицкевич А. В. Общее (нормативное) понятие права и его место в марксистском правопонимании / А. В. Мицкевич // Советское государство и право. – 1988. – № 6. – С. 11–18.

2. Луць Л. А.

3. Тилле А. А. Социалистическое сравнительное правоведение / А. А. Тилле. – М. : Юрид. лит., 1975. – 207 с.

4. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А. Х. Саидов. – М. : Институт государства и права РАН, 1993. – 148 с.

5. Черданцев А. Ф. Теория государства и права : [Учебник для вузов] / А. Ф. Черданцев. – М. : Юрайт, 1999. – 432 с.

6. Лукашук И. И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации / И. И. Лукашук // Журнал российского права. – 2002. – № 3.

7. Доповідь ООН № A51761 від 20 грудня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу :: http:www/un.org/Depts/dhl/pathfind/security/0201.htm.

8. Теория государства и права : [учебник для вузов] / Отв. ред. В. Д. Перевалов. – М. : Норма, 2006. – 496 с.

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО, МАНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.72/.73

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУЦІЇ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ УЧАСНИКІВ НАВЧАЛЬНО-ВИХОВНОГО ПРОЦЕСУ («ШКІЛЬНОГО ОМБУДСМЕНА») ЯК ДІЄВОГО МЕХАНІЗМУ ПОДОЛАННЯ БУЛЛІНГУ В ОСВІТНЬОМУ СЕРЕДОВИЩІ

THE IMPLEMENTATION OF THE COMISSIONER FOR THE RIGHTS OF EDUCATIONAL PROCESS PARTICIPANTS («SCHOOL OMBUDSMAN») AS AN EFFECTIVE MECHANISM FOR OVERCOMING THE PROBLEM OF BULLYING IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT

Барліт А.Ю.,
студент
Запорізький національний університет

У статті висвітлюється актуальність проблеми буллінгу в освітньому середовищі, обґрунтовується необхідність та пропонується можливість запровадження інституції «шкільного омбудсмена» як перспективного напряму соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу в практику шкільного життя. Аналізується правове підґрунтя проведення інноваційних перетворень в освітньо-виховній сфері загальноосвітнього навчального закладу.

Ключові слова: буллінг, насильство в освітньому середовищі, шкільний омбудсмен.

В статье освещается актуальность проблемы буллинга в образовательной среде, обосновывается необходимость и предлагается возможность введения института «школьного омбудсмена» как перспективного направления социально-правовой защиты прав детей и других участников учебно-воспитательного процесса в практику школьной жизни. Анализируется правовая основа возможности проведения инновационных преобразований в жизнедеятельности общеобразовательного учебного учреждения.

Ключевые слова: буллинг, насилие в образовательной среде, школьный омбудсмен.

The article illustrates the urgency of the bullying problem (prolonged physical or mental violence committed by an individual or a group against the individual who is unable to protect himself in the situation) in the educational environment.

It is emphasized that the utter development and implementation of individual abilities of a child in a school could only be possible under certain conditions. The defining factor among them belongs to the quality of interpersonal communication and psychological security in an educational environment. In its turn, the psychological safety of educational environment is reflected in the protection from the violence in relationships for all members of the educational process.

The attention is drawn to the fact that the problem of bullying is interdisciplinary and should be solved comprehensively, involving different professionals – teachers, lawyers, psychologists, social workers, government officials, etc.

The article substantiates the necessity and proposes the possibility of establishing the institution of «school ombudsman» as a perspective direction of social and legal protection of children and other members of the educational process in the practical of school life. The legal basis for innovative reorganizations in the educational field of general education schools is also analyzed.

The accent in the article is made on the fact that the implementation «school ombudsman» institution could be considered as a perspective direction of social and legal protection of children and other members of the educational process and as an effective mechanism for overcoming the problem of bullying in school life.

Key words: bullying, violence, violence in the educational environment, ombudsman.

Події Революції гідності засвідчили незворотне прагнення Українського народу до побудови правової та демократичної держави, в якій гарантуються та забезпечуються права і свободи людини [1].

Рівень цивілізованості та гуманності будь-якої держави та суспільства визначається ставленням до найменш захищених і найбільш вразливих його членів, в першу чергу, до дітей. Тому, захист прав та інтересів дитини є одним із найважливіших, ключових завдань Української держави.

Відповідно до Закону України «Про охорону дитинства» та Конвенції ООН про права дитини кожній дитині гарантується право на свободу, особисту недоторканість, захист гідності та найкраще забезпечення її інтересів.

У Національній стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року серед основних завдань є побудова ефективної системи виховання на засадах загальнолюдських, полікультурних, громадянських цінностей; забезпечення фізичного, морально-духовного, культурного розвитку дитини [2].

Абсолютно очевидно, що повноцінний розвиток і реалізація індивідуальних здібностей дитини в школі можливі тільки за певних умов. Центральне місце серед них належить якості міжособистісного спілкування і психологічної безпеки в освітньому середовищі. У свою чергу, психологічна безпека освітнього середовища виражається в захищеності від насильства у взаєминах для всіх учасників навчально-виховного процесу.

Але сучасний життєвий контекст не виключає явище насильства з процесів навчання і виховання. На жаль, школа не тільки відіграє важливу роль у житті дітей як середовище основної соціалізації, а й виступає місцем, де діти досить часто піддаються насильству.

Насильство в освітньому середовищі може носити як поодинокий, так і регулярний, тривалий характер і виявлятися у формі фізичного або психологічного насильства. На наш погляд, особливо небезпечним видом насильства є насильство тривалого характеру. Найбільш точно відображає насильство тривалого характеру в освітньому середовищі поняття «буллінг».

На нашу думку, буллінг – це фізичне або психологічне насильство тривалого характеру, що йде від однієї людини (групи осіб) стосовно іншої людини (групи осіб).

Шкільний буллінг розглядається в сучасному світі як одна з найактуальніших соціально-педагогічних, психологічних та правових проблем.

Центральне місце в розвитку теорії буллінгу зайняла праця Ольвеуса (1978), яка послужила основою подальших досліджень цієї проблеми таких авторів, як Бесаг (1989), Лейн (1999), Хелд (2000), І. Кон (2006), О. Глазман (2009), І. Ачітаєва (2010), А. Стрельбицький (2010), Є. Файнштейн (2010), В. Петросянс (2011) та ін.

Мета статті – довести необхідність та запропонувати можливість запровадження інституції уповноваженого з прав учасників навчально-виховного процесу («шкільного омбудсмена») як дієвого механізму подолання буллінгу в освітньому середовищі та перспективного напряму соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу.

Результати теоретичного аналізу шкільного буллінгу свідчать про недостатню поінформованість фахівців системи освіти з цього питання. Зауважуємо, що існує гостра потреба в психологічній, педагогічній та юридичній теорії та практиці, в подальшому вивченні форм та методів вирішення проблеми буллінгу в освітньому середовищі.

Ми наголошуємо, що така проблема існує у більшості навчальних закладів України. Неодноразово з цією проблемою стикалися і в освітньому середовищі міста Запоріжжя.

Тому, на виконання наказу Департаменту освіти і науки Запорізької облдержадміністрації від 04 грудня 2013 року № 622 «Про перевірку виконання рішення колегії управління освіти і науки облдержадміністрації від 26 грудня 2012 року «Про стан превентивного виховання учнів у закладах освіти м. Запоріжжя» було проведено дослідження щодо виявлення шкільного буллінгу в навчальних закладах м. Запоріжжя.

За результатами дослідження зроблено висновок, що буллінг в освітньому середовищі продовжує існувати. Звертає на себе увагу факт дистанціювання школи від проблеми буллінгу.

В рекомендаціях за результатами перевірки, серед іншого, було відзначено, що подолання проблеми буллінгу може бути досягнуте завдяки розробці та впровадженню в практику навчальних закладів більш дієвих механізмів та результативних програм з профілактики буллінгу [3].

Пропонуємо розглянути можливість запровадження інституції уповноваженого з прав учасників навчально-виховного процесу («шкільного омбудсмена») як перспективний напрям соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу, як дієвий механізм профілактики буллінгу в практиці шкільного життя.

Омбудсмен (представник) – посадова особа, яка контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері дотримання прав людини.

Нині в багатьох країнах є доволі поширеною практика введення спеціалізованих омбудсменів, які здійснюють свою діяльність в інтересах специфічних груп, що потребують додаткового захисту. Моделі спеціалізованих омбудсменів досить різноманітні – військові омбудсмени (ФРН, Норвегія, на регіональному рівні в Російській Федерації), омбудсмени з питань охорони здоров'я (Велика Британія, США), омбудсмени з прав дитини (Україна, Норвегія, Фінляндія, Австрія, Литва та ін.) тощо [4, с. 30].

Дослідженнями у сфері діяльності інституту омбудсмена займаються такі науковці, як С. Банах, Л. Голяк, Н. Карпачова, Л. Коваль, О. Лісовець, О. Марцеляк, М. Марченко, Ю. Ткаліч, В. Тацій, С. Широ, О. Ярмиш та ін.

Проте науковий аналіз інституту омбудсмена як перспективний напрям соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу в освітньому середовищі ще не достатньо висвітлено.

Проаналізувавши правове підґрунтя можливості запровадження інституції «шкільного омбудсмена» як дієвого механізму подолання буллінгу в освітньому середовищі, пропонуємо до уваги наступне.

Згідно зі ст. 19 Закону України «Про загальну середню освіту» учасниками навчально-виховного процесу в ЗНЗ є: учні (вихованці); керівники; педагогічні працівники; психологи, бібліотекарі; інші спеціалісти; батьки або особи, які їх замінюють [6].

Проте, звертаємо увагу, що в Законі не визначено поняття «інші спеціалісти». Тому, на наш погляд, «шкільний омбудсмен» може підпадати під категорію «інші спеціалісти» і бути визнаним як «учасник навчально-виховного процесу в ЗНЗ».

Таким чином, ми вважаємо можливим розглянути перспективу введення посади шкільного омбудсмена в штатний розпис навчального закладу.

Існує широке коло й інших нормативно-правових актів, які створюють правове підґрунтя для проведення інноваційних перетворень в освітньо-виховній сфері загальноосвітнього закладу з метою соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу.

Зокрема, дорученням Президента України головам обласних, Київської, Севастопольської міських державних адміністрацій від 30 серпня 2012 року № 1-1/2338 «Щодо поліпшення захисту прав та законних інтересів дітей» зобов'язано сприяти функціонуванню дитячих омбудсменів [7].

Крім того, відповідно до пункту 3.2 Положення про експериментальний ЗНЗ, затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 23 листопада 2009 року № 1054 [8], виконання завдань програми дослідно-експериментальної роботи на період експерименту дозволяє вносити передбачені програмою зміни до форм комплектування кадрів. Це передбачає можливість вносити до штатних розкладів ЗНЗ зміни найменувань, нормативної чисельності та умов введення посад, не передбачених Типовими штатними нормативами [9]. Керівникам закладів надається право у разі виробничої необхідності змінювати штати окремих підрозділів або вводити посади, не передбачені штатними нормативами для конкретного закладу.

Таким чином, на нашу думку, введення посади шкільного омбудсмена в штатний розпис навчального закладу може бути розглянуто і в процесі організації дослідно-експериментальної роботи з метою інноваційних перетворень в освітньому просторі ЗНЗ.

Одним з головних питань при цьому є вибір моделі функціонування цього інституту.

Як зазначає науковець О. Лісовець, в українських школах накопичено деякий досвід роботи шкільних омбудсменів на громадських засадах. Особливо заслуговує на увагу досвід вінницьких шкіл, де функції омбудсменів виконують самі учні. На думку вченого, функції омбудсмена можуть виконувати учитель, вихователь, соціальний педагог, психолог, батько чи мати учня [5].

Віддаючи належне ґрунтовній роботі науковця, ми дозволимо собі не погодитися з деякими, на наш погляд, ключовими положеннями.

Цілком зрозуміло, що буллінг-структура як соціальна система включає в себе: «агресорів», «жертв», «прислужників», «захисників» та «спостерігачів» («нейтральних учасників»).

На жаль, «спостерігачами» досить часто бувають педагоги, котрі проповідують принципи «невтручання». Результати досліджень підтверджують факт дистанціювання школи від проблеми буллінгу. Більшість педагогів не готові до розв'язання проблем шкільного буллінгу, оскільки не володіють базовими теоретичними знаннями та практичними навичками з означеної проблеми.

На нашу думку, посаду шкільного омбудсмена має обіймати людина з юридичною освітою, яка володіє відповідними знаннями та певною компетентністю щодо механізмів захисту прав дитини та інших учасників на-

вчально-виховного процесу. Омбудсмен не може діяти на громадських засадах. Тому пропонуємо розглядати питання щодо запровадження інституції шкільного омбудсмена виключно шляхом введення цієї посади в штатний розпис навчального закладу.

Діяльність шкільного омбудсмена має бути спрямована на формування правової культури та правової свідомості учасників навчально-виховного процесу, захист їх прав і законних інтересів.

Основні завдання роботи шкільного омбудсмена: сприяння реалізації Конвенції ООН про права дитини; контроль за дотриманням прав дитини та інших учасників навчально-виховного процесу; проведення інформаційно-просвітницької роботи щодо прав дитини та інших учасників навчально-виховного процесу; забезпечення взаємодії та співробітництва між різними фахівцями у сфері захисту дітей; моніторинг стану дотримання прав дитини та інших учасників навчально-виховного процесу; надання конкретної допомоги дітям, права яких порушені, шляхом звернення до органів влади та правоохоронних органів.

Шкільний омбудсмен виступає суб'єктом, а об'єкти його впливу – діти, учителі, адміністрація, батьки. Він повинен бути незалежними, аби не стати предметом маніпуляцій; володіти якомога більшою свободою, аби служити інтересам дітей; бути доступним для дітей, якщо йому потрібна їх довіра.

Погоджуючись з думкою О. Лісовця, зазначаємо, що у процесі своєї діяльності шкільний омбудсмен взаємодіє: з омбудсменом районного рівня, міського та обласного; з органами управління у сфері освіти; з органами опіки та опікування; з адміністрацією установи; з педагогічним колективом і психологічною службою закладу; з органами самоврядування; з установами соціального захисту населення; з правоохоронними органами; з комісією у справах дітей; з правозахисними, громадськими організаціями.

Таким чином, змістом діяльності шкільного омбудсмена повинні забезпечуватися: зниження рівня насильства в шкільному середовищі; стабілізація становища дітей та зниження рівня порушень їх прав; підвищення правосвідомості учасників освітнього процесу; забезпечення гарантій прав дітей, а, отже, дієвості права в суспільстві [5], що відповідає завданням загальної середньої освіти, визначених у ст. 5 Закону України «Про загальну середню освіту» [6].

Таким чином, результати теоретичного аналізу і практичних досліджень з питань шкільного буллінгу підтверджують факт дистанціювання школи від цієї проблеми, свідчать про недостатню компетентність фахівців системи освіти щодо вирішення проблеми шкільного буллінгу.

Існує потреба в психологічній, педагогічній та юридичній теорії та практиці, в подальшому вивченні форм і причин цього явища, методів вирішення проблеми буллінгу в освітньому середовищі.

Подолання проблеми буллінгу може бути досягнуте завдяки розробці та впровадженню в практику навчальних закладів більш ефективних механізмів та результативних програм з профілактики буллінгу. Необхідне проведення інноваційних перетворень в освітньо-виховній сфері загальноосвітнього закладу з метою соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу.

На наш погляд, запровадження інституції «шкільного омбудсмена» може бути розглянуто як перспективний напрям соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу, як дієвий механізм подолання буллінгу в практиці шкільного життя.

Проблема буллінгу є міждисциплінарною, і вирішувати її потрібно комплексно, із залученням різних фахівців – педагогів, юристів, психологів, соціальних працівників, представників влади тощо.

У межах даного дослідження не можливо охопити всі аспекти проблеми подолання буллінгу в освітньому середовищі, тому важливим є здійснення подальших наукових досліджень даної проблеми, зокрема, щодо більш детального аналізу правового підґрунтя запровадження інституції «шкільного омбудсмена» та проведення інноваційних перетворень в освітньо-виховній сфері загальноосвітнього закладу з метою соціально-правового захисту прав дітей та інших учасників навчально-виховного процесу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Національна стратегія у сфері прав людини : Указ Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/501/2015

2. Про Національну стратегію розвитку освіти в Україні на період до 2021 року : Указ Президента України від 25 червня 2013 року № 344/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http:// www.zakon.rada.gov.ua

3. Барліт А. Ю. Шкільний буллінг в сучасному освітньому середовищі / А. Ю. Барліт, О. О. Барліт // Наукові записки Бердянського державного педагогічного університету. Педагогічні науки : збірник наукових праць. – Бердянськ : БДПУ, 2015. – Вип. 1. – С. 6–10.

4. Марцеляк О. В. Реформування вітчизняної моделі Уповноваженого з прав людини і запровадження дитячого омбудсмана в Україні – потреба часу / О. В. Марцеляк // Досвід інституту уповноваженого з прав дитини : перспективи для України : збірник матеріалів до міжнародної конференції (11–12 жовтня 2006 року). – К., С. 29–33.

5. Лісовець О. В. Перспективи реалізації моделі шкільного омбудсмена в Україні / О. В. Лісовець // Соціальна робота в Україні : теорія і практика. – 2012. – № 2. – С. 90–98.

6. Про загальну середню освіту : Закон України від 13 травня 1999 року № 651-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/651-14

7. Щодо поліпшення захисту прав та законних інтересів дітей : Доручення Президента України від 30 серпня 2012 року № 1-1/2338 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vin.gov.ua/web/upravlinnya/web_upr_dit.nsf/web_alldocs/Dc8F

8. Про затвердження Положення про експериментальний ЗНЗ : Наказ Міністерства освіти і науки України від 23 листопада 2009 року № 1054 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws

9. Про затвердження Типових штатних нормативів ЗНЗ : Наказ Міністерства освіти і науки України від 06 грудня 2010 року № 1205 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1308-10

УДК 351.9

КРИТЕРІЇ ПРОВЕДЕННЯ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

DECENTRALIZATION CRITERIA OF UKRAINE

Роговенко О.В.,
к.ю.н., доцент кафедри адміністративного та інформаційного права
Сумський національний аграрний університет

У статті зроблено спробу на основі узагальнення зарубіжного досвіду та національних особливостей визначити критерії проведення децентралізації влади.

Ключові слова: децентралізація, місцеве самоврядування, реформа.

В статье сделана попытка на основе обобщения зарубежного опыта и национальных особенностей определить критерии проведения децентрализации власти.

Ключевые слова: децентрализация, местное самоуправление, реформа.

An attempt to define the criteria of power decentralization realization on the basis of international experience and national characteristics generalization is done in the article.

Ukrainian society is in a state of preparation for full-scale reform that will affect nearly all spheres of public life. This occurs under conditions where Ukraine has to respond to external and internal aggression, which increases government responsibility for the content of the announced reforms. One of the main results of the changes expected in Ukrainian society is the decentralization of the government.

Only a sovereign community is able to «weed out» the darkness of corruption, clean government institutions from extra powers and functions, to focus on the main issues of a particular territorial unit, to see and strengthen the germs of national culture and a new educational space.

The purpose of this publication is to identify on the basis of foreign experience main criteria of decentralization of state power.

We are deeply convinced that the current period of Ukrainian self-determination will go down into history primarily because of the awareness of the role that local government plays in the development of democratic principles and the rule of law. Without exaggeration, the future of Ukraine will depend on administrative decisions. Reform of power decentralization, based on European standards, but taking into consideration national peculiarities, cultural and historical heritage is the key to successful implementation of the fundamental principles of local self-government.

Key words: decentralization, local government, reform.

Українське суспільство перебуває у стані підготовки до повномасштабних реформ, що торкнуться майже всіх сфер суспільного життя. Це відбувається в умовах, коли Україна змушена відповідати на зовнішню та внутрішню агресію, що посилює відповідальність влади за зміст проголошених реформ. Одним із чи не найголовніших результатів очікуваних українським суспільством змін є децентралізація державної влади.

Лише повновладна громада здатна «відсіяти» корупційний морок, очистити інституції влади від зайвих повноважень та функцій, зосередитись на головних проблемах конкретного територіального утворення, розгледіти та укріпити зародки національної культури та нового освітнього простору.

Метою статті є виділення з урахуванням зарубіжного досвіду головних критеріїв проведення децентралізації державної влади.

Зауважимо, що останнім часом до теми розвитку місцевого самоврядування, проблем децентралізації неодноразово звертались такі українські вчені, як В.Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, І. П. Голосніченко, Є. В. Додін, В. М. Кампо, Р. А. Калюжний, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, О. Д. Крупчан, Є. Б. Кубко, Є. В. Курінний, О. В. Негодченко, Н. Р. Нижник, В. Ф. Опришко, П. С. Пацурківський, С. В. Пєтков, О. В. Петришин, М. О. Пухтинський, О. П. Рябченко, А. А. Селіванов, О. Ф. Фрицький, В. В. Цвєтков, В. О. Шамрай, В. М. Шаповал, Ю. С. Шемшученко, В. К. Шкарупа, М. К. Якимчук та ін.

Проте підготовка до реформи триває, що змушує зосереджувати додаткову увагу на дослідженнях у сфері окресленої проблеми.

В українському суспільстві домінує тверде переконання про позитивний досвід багатьох зарубіжних, передусім європейських, країн у сфері розвитку місцевого самоврядування. Така позиція сформована на підставі економічних успіхів європейських країн, розробки нормативної бази та, головне, ідеології успішного регіонального культурного та економічного розвитку.

Аналіз зарубіжного досвіду проведення децентралізації місцевого самоврядування дозволяє виділити наступні особливості цього процесу.

1. Головною тенденцією міжнародного права упродовж другої половини XX – початку XXI століть стала євроінтеграційна активізація міждержавних зв'язків на основі принципової поваги до прав людини та формування сучасних механізмів їх захисту. Керуючись трьома провідними рушійними силами – приватизацією, лібералізацією та дерегуляцією, європейській спільноті, незважаючи на культурні та політичні відмінності, вдалось зблизитися та виробити інтеграційну стратегію розвитку. Зазначена уніфікація не отримала б широкої підтримки суспільства, якби не врахувала регіональних настроїв та інтересів. В результаті пошуку з'явився відомий дуалізм інтеграції та регіоналізації. Наслідком інтеграції стало утворення Європейського Союзу, а регіоналізації – закріплення, відповідно до Амстердамського договору, принципу субсидіарності, відповідно до якого спільнота вдається до будь-яких заходів лише у тому разі, якщо вони ефективніші за відповідні заходи на національному, регіональному або місцевому рівнях.

2. Відбулось прийняття цілого ряду нормативних документів міждержавного значення. Це, зокрема, Європейська хартія муніципальних свобод, Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, Європейська хартія місцевого самоврядування тощо. З урахуванням положень цих актів був створений та отримав закономірний розвиток Конгрес Місцевих та Регіональних Влад, що є установою, що представляє місцеві та регіональні влади сорока семи держав-членів Ради Європи.

3. В результаті цілеспрямованої інтелектуальної діяльності, спрямованої на посилення повноважень територіальних громад, відбулися організаційно– функціональні та фінансово-економічні реформи у сфері місцевого самоврядування європейських країн. Також відбулось за-

кріплення місцевого самоврядування у ряді конституцій європейських країн. Як наслідок, уніфікація є результатом не лише узагальнення досвіду, а й прямої інтеграції.

4. Інтеграційність як явище не створює передумов до розчинення національної самоідентифікації, натомість передбачає збереження національних особливостей, у тому числі і у питанні реформування місцевого самоврядування. Зокрема, країни Центральної, Південно-Східної та Східної Європи, країни Балтії передбачали процес реалізації реформи місцевого самоврядування із певними особливостями. Але європейські країни, маючи прагнення до збереження національної та культурної спадщини, все частіше реалізують свої національні ініціативи з урахуванням вироблених міжнародних стандартів у сфері місцевого самоврядування.

5. Паралельно з метою розв'язання конкретних місцевих проблем прикордонних територій розвивається таке явище, як транскордонне співробітництво. Співпраця близьких за культурою та історією територіальних громад відбувається на основі регіональних договорів, спрямованих на вирішення економічних та інших питань.

Підсумовуючи вищенаведене, зауважимо, що стандартизація місцевого самоврядування відбувається на основі поваги до прав людини, прав громади, які стали наріжним каменем розвитку всієї світової спільноти, зберігаючи дві основні тенденції – «інтеграції» та «регіоналізації». Але головним викликом XXI століття став пошук адекватної відповіді надмірно агресивній політиці Росії по відношенню до України та інших країн пострадянського простору. Командно-адміністративний спосіб управління проти демократичного, агресивно-силовий проти еволюційного міжнародного співробітництва у рамках міжнародних організацій (Ради Європи, Європейського Союзу, Організації з безпеки і співробітництва в Європі тощо) стали ключовими тенденціями у розвитку міжнародного та європейського права.

Нині для України все більшого значення набуває окреслення перспектив та подальших напрямків розвитку та функціонування місцевої демократії на основі європейських правових стандартів місцевого самоврядування. Подальший розвиток європейських правових стандартів місцевого самоврядування відбуватиметься на двох рівнях – європейському та національному.

Попередній національний досвід правової імплементації виявив ряд недоліків у подальшій правозастосовній практиці новоприйнятих актів. З точки зору успішності процесів децентралізації, на нашу думку, для України повне поглинання європейських норм є неприйнятним. Слід врахувати власні особливості для вироблення об'єктивних критеріїв реформування місцевого самоврядування, яке б відповідало європейським вимогам та забезпечило б подальшу інтеграцію України у європейське співтовариство, але відповідало національним інтересам.

При проведенні реформи слід взяти до уваги наступне.

По-перше, об'єднання, укрупнення місцевих територій є назрілим явищем, але має відбуватись із урахуванням особливостей інфраструктури та історико-культурної спадщини. Виділення окремих районних центрів неминуче призведе до закриття передусім шкіл, лікарень, інших важливих для громади закладів. Але, як мешканці конкретного села отримають необхідні послуги? Однією із головних відповідей на це питання є стан існуючих доріг – сполучення між населеними пунктами, елементарного доступу до послуг. Адже в умовах економічної кризи будівництво нових доріг є вкрай затратною необхідністю. Аналіз наявної інфраструктури, її ревізія є важливим підготовчим кроком на шляху до реформи місцевого самоврядування. Для реалізації цього завдання у кожній області має бути створене професійне утворення фахівців, які на оплатній основі за державним замовленням повинні на основі завчасно розробленої методики здійснити оцінку всієї інфраструктури регіону, підготувати обґрунтовані рекомендації для подальшого укрупнення місцевих одиниць.

По-друге, вагомим фактором при прийнятті рішення про укрупнення районів є аналіз стану лікарень, шкіл, дошкільних закладів освіти, які не рідко є осередком культури, роботи для місцевих мешканців та від існування яких залежить, чи існуватиме цей населений пункт взагалі. Так, невелика кількість дітей у сільських школах обмежує можливості якісного викладання навчальних дисциплін, спонукає до об'єднання шкіл та реалізації програми «шкільний автобус», але за умови відсутності останньої у відповідній якості та кількості, поганих доріг та погодних умов, освіта для учнівської молоді окремих населених пунктів може виявитись просто недоступною. А це є неприпустимим та примушує пов'язувати реформу місцевого самоврядування із одночасним виділенням значного фінансування для забезпечення програми якісної шкільної освіти. Європейський досвід реформування та подальшого розвитку місцевих громад підтверджує реалізацію головної тенденції – реальної поваги до прав людини. Право на освіту, медичне обслуговування є невід'ємними правами людини, на які слід повсякчас зважати.

По-третє, процес децентралізації має враховувати історичні особливості конкретної громади та не повторювати історичні помилки. Для прикладу, розглянемо особливості формування Сумської області.

Так, після ліквідації полково-сотенного устрою Слобідської України у 1765 році було створено Сумську провінцію Слобідсько-Української губернії. Пізніше, у 1780 році було створено Сумський повіт, до складу якого входила Сумська волость. Сумський повіт у різні часи входив до складу Харківського намісництва (1780-1796 роки), Слобідсько-Української губернії (1796-1835 роки) та Харківської губернії (1835-1923 роки).

У березні 1923 року волості і повіти були ліквідовані, а замість них створені райони і округи. Саме в цей час і виникає Сумський район, який входив до складу Сумської округи Харківської губернії, а після ліквідації губерній (1925 рік) і округ (1930 рік) – Харківської області. 10 січня 1939 року Сумський район було передано до новоствореної Сумської області [1, с. 13-14].

Не вперше для Сумської області і укрупнення в межах області. Намагання змінити територіальний устрій Сумської області відбувались у недавньому радянському минулому. Так, Указом Президії Верховної Ради УРСР від 30 грудня 1962 року № 35 «Про укрупнення сільських районів Української РСР» сільські райони УРСР укрупнювалися до розмірів виробничих колгоспно-радгоспних управлінь. Внаслідок чого, в Сумській області було створено 10 районів замість 31. Однак незабаром, укрупнення «один заміть трьох попередніх» виявилось неефективним, що призвело до появи Указу Президії Верховної Ради УРСР від 04 січня 1965 року № 6 «Про внесення змін в адміністративне районування Української РСР», яким було здійснене розукрупнення районів. Відповідно до цього Указу до складу Сумської області входило вже 16 районів [2, с. 25-27].

Через шість років, під час чергового адміністративно-територіального поділу УРСР, у складі Сумської області налічувалось вже 18 районів [3, с. 6, 386]. До речі, такий поділ область має і по сьогодні. Зменшена кількість районів прямо не вплине на якість послуг, доступ громадян до реалізації їх прав та повноважень. Змінити ситуацію на краще може лише комплексний підхід адміністративно-територіальної реформи.

І останнє. Децентралізація влади повинна передбачати перерозподіл владних повноважень. Конституція України, закріпивши право на самоврядування, не наділила громади всіх рівнів повноцінними власними виконавчими органами та функціями. Після реформування конкретна

територіальна громада повинна бути наділена повноваженнями без додаткових узгоджень ремонтувати дороги, водопостачання, школу чи лікарню. Лише справедливо обрані органи самоврядування повинні нести всю відповідальність за прийняті рішення щодо розпорядження фінансами та своєчасно звітуватися перед громадою у прозорий спосіб щодо отриманих та витрачених ресурсів на потреби краю.

Під час цього процесу не слід забувати, що процес створення європейських стандартів побудований не лише на уніфікації та закріпленні міжнародних угод, а й з урахуванням національних регіональних особливостей, що аж ніяк не применшує євроінтеграційні тенденції, а лише урізноманітнює та збагачує останні. Згадаємо, що текст Європейської хартії місцевого самоврядування на момент її підписання, був схвалений 23 державами-членами Ради Європи, однак ратифікована вона лише п'ятьма державами-членами цієї організації. І станом, тоді ще на 1998 рік, багато із впливових європейських країн Західної Європи (Бельгія, Франція, Ірландія, Швейцарія, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії) та майже усі країни Східної та Південно-Східної Європи ще не ратифікували Європейську хартію місцевого самоврядування. Наприклад, протягом перших десяти років з моменту прийняття Європейської хартії місцевого самоврядування уряд Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії відмовлявся підписувати її на тій підставі, що Хартія суперечить британським традиціям [4]. Дана обставина пояснюється як особливістю правової системи Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, так і специфічним статусом Англії, Уельсу, Шотландії та Північної Ірландії, що пов'язані з досить суттєвою відмінністю цих регіонів у культурному, мовному, релігійному, економічному та правових аспектах. Франція та Бельгія, наприклад, ратифікували Європейську Хартію місцевого самоврядування майже через 20 років після її підписання. Україна ж, в свою чергу, ратифікувала її на 9 років раніше [5, с. 41-42].

У разі виникнення конкуренції європейських стандартів та національної практики, країна звертається за методичними рекомендаціями до європейських інституцій. У цьому випадку слід вести мову про «конвергенцію» національних правових систем [6]. Подібний «лояльний» підхід до уніфікації правових засад організації місцевого самоврядування дозволив з часом ратифікувати Європейську Хартію місцевого самоврядування у переважній більшості країн, що входять до Ради Європи.

На наше глибоке переконання, сучасний період українського самовизначення увійде в історію передусім з огляду на усвідомлення ролі, яку місцеве самоврядування відіграє у становленні та розвитку принципів демократії та верховенства права. Без перебільшення, від владних рішень залежатиме подальше майбутнє України. Проведення реформи децентралізації влади на основі європейських стандартів, але із урахуванням національних особливостей, культурної та історичної спадщини є запорукою успіху імплементації фундаментальних засад місцевого самоуправління.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гончаренко О. П. Історія розвитку адміністративно-територіального устрою Сумської області / О. П. Гончаренко, А. М. Заяц, С. А. Лустенко [та. ін.] // Політичний експерт. – 2009. – № 34. – С. 11–15.

2. Українська СРСР. Адміністративно-територіальний поділ на 01 вересня 1946 року / [відпов. ред. : М. Ф. Попівський]. – К. : Політвидав, 1947. – 1063 с.

3. Адміністративно-територіальний устрій Сумської області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://static.rada.gov.ua/zakon/new/ADM/zmistsum.html

4. Демченко І. Етапи становлення та розвитку європейських правових стандартів місцевого самоврядування / І. Демченко // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2012. – № 2. – С. 133–138.

5. Демченко І. С. Європейські правові стандарти місцевого самоврядування : Дис. … канд. юрид. наук за спец. 12.00.11 «міжнарожне право» / І. С. Демченко ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2012. – 198 с.

6. Волошенюк О. Процеси конвергенції в сучасних правових системах / О. Волошенюк // Форум права. – 2009. – № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vovcpc.pdf

УДК 342:347.97/99(477)

ЛІКВІДАЦІЯ ВИЩИХ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ СУДІВ ЯК ЛАНКИ СУДОВОЇ СИСТЕМИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

ELIMINATION OF HIGH SPECIALIZED COURTS AS A PART OF THE JUDICIAL SYSTEM: ISSUES AND SOLUTIONS

Ярема Н.І.,
студентка
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена висвітленню актуальної проблеми у системі правосуддя в Україні у зв'язку із прийняттям у першому читанні Проекту Конституції України, який містить ряд суттєвих реформ судової системи України. У статті проаналізовано можливість подальшого існування вищих спеціалізованих судів як частини судоустрою крізь призму зарубіжного досвіду та поточної діяльності цієї ланки судів України. Організація судів у розвинених зарубіжних державах, в основному, зводиться до трирівневої ієрархії судів, тоді як в Україні діє чотирьохрівнева. Неодноразово вказано на необхідність ліквідації вказаних судів через значну громіздкість системи, що призводить до затягування процесу та, як наслідок, втрати судовою системою в цілому авторитету в суспільстві. Вивчення досвіду іноземних держав та врахування рекомендацій міжнародної спільноти дозволить оптимізувати роботу судів України.

Ключові слова: суди, проект Конституції, вищі спеціалізовані суди, касаційна інстанція, судова система, зарубіжні країни, конституційне право.

В статье анализируется актуальная проблема в системе правосудия в Украине в связи с активным обсуждением проекта новой Конституции Украины, который содержит ряд реформ судебной системы Украины. Проанализирована возможность дальнейшего существования высших специализированных судов как части судоустройства в контексте текущей их деятельности и зарубежного опыта. Организация судов в развитых зарубежных странах, в основном, является трехуровневой, тогда как в Украине действует четырехуровневая иерархия. Неоднократно указано о необходимости ликвидации указанных судов из-за их излишней многоуровневости, что приводит к затягиванию процесса и, как следствие, потери судебной системой в целом авторитета в обществе. Изучение опыта иностранных государств, а так же учет рекомендаций международного сообщества позволит оптимизировать работу судов Украины.

Ключевые слова: суды, проект Конституции, высшие специализированные суды, кассационная инстанция, судебная система, зарубежные страны, конституционное право.

The article is devoted to the issue of further existence of high specialized courts due to an active discussion of the new rules in the draft Constitution of Ukraine. It provides for the possibility of higher courts with the lack of mandatory imperative their presence in the judicial system of Ukraine after the adoption of this regulation.

The author highlights the position of the European Commission for Democracy through Law and examines this issue in terms of international experience and its own position.

The article comprehensively describes in detail the need for elimination of the high specialized courts because of the large cumbersome of judiciary that is not justified and which only leads to the continuation of the resolving cases process.

The author represents judiciaries of US, Canada, Japan, France, Italy, Germany, Austria etc. as fine examples of construction a specified hierarchy and the number of courts in state. Pattern definition between unitary and federal states is also shown, so that it allows to justify existing systems in these states. A considerable number of European countries are, actually, the proof that the three-stage judiciary in unitary states implement the tasks assigned to the judiciary authority properly without procedural drawbacks.

Arguments of supporters of the current four-stage system are also provided with the fully covered author's counterarguments. Thus, it is shown that the author is firmly of the opinion of elimination the high court's branch out of judiciary and stands for the presentation of the judicial system of Ukraine as the one including the local courts, appeal courts and the Supreme Court of Ukraine.

Key words: courts, Constitution, high specialized courts, courts of appeal, judiciary, foreign countries, constitutional law.

Реформування державної влади України – тривалий та складний процес, зумовлений вимогами часу та розвитком суспільних інститутів. Досягнення бажаних результатів вимагає залучення величезного обсягу інтелектуальних ресурсів, як зі сторони теоретиків із відповідними рекомендаціями, так і з боку практиків із наявним досвідом та потенційними прогнозами стосовно наслідків будь-яких можливих змін. І чим складніший процес реформування з об'єктивних причин, тим більш комплексного підходу він вимагає.

З огляду на досвід України у введенні та, що цікавіше, належному доведенні до логічного фіналу необхідних реформ, висновки напрошуються не надто втішні. Система влади в нашій державі досі залишається занадто консервативно-радянською, що створює значні перепони на шляху підвищення рівня функціонування публічної адміністрації до рівня більш розвинених зарубіжних країн. Головною метою діяльності, спрямованої на реформування державної влади, є відновлення довіри суспільства до інститутів управління цим суспільством, які і складають собою, по суті, державу.

У проекті нової Конституції України є ряд вагомих змін, що спрямовані на довготривалий процес досягнення якісно вищого рівня діяльності владних елементів з відповідним подальшим законодавчим підґрунтям. Одна з провідних ліній реформ стосується системи правосуддя, а саме – подальшого існування вищих спеціалізованих судів України.

Діяльність кожної гілки влади в нашій державі потребує істотних змін, що стосуватимуться як глобально ієрархії та структури органів, так і чіткого встановлення функцій та розмежування компетенції кожного з них. Винятком не є і судова влада України. Зміни покликані закласти основи максимальної оптимізації роботи судів, досягти високого рівня оперативності та ефективності їх діяльності загалом.

Проект Конституції [1], який на даний час вже схвалений у першому читанні Верховною Радою України, опрацьований Венеціанською комісією, якою надано відповідні висновки, передбачає, що «відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди». Варто звернути увагу на те, що нещодавно було надано комплексний висновок Конституційного Суду України на звернення Верховної Ради щодо конституційності пропонованих змін у Проекті [3], який підтвердив відповідність Конституції змінених положень. Таким чином, можемо стверджувати,

що наявність всіх трьох вищих спеціалізованих судів, не те, що необов'язкова, а й небажана через очевидну недоцільність та необґрунтованість.

Таку позицію займає і Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія): у висновку міститься чітке положення з приводу подальшої долі вищих спеціалізованих судів. Як попередній, так і доповнений висновки Комісії містять наполегливу рекомендацію скасування даної ланки як такої [2]. Тим не менше, враховано потенційну необхідність існування деяких з вищих судів, що знайшло вираження у схваленому Комісією пропонованого українською робочою групою нового формулювання, яке на даний час і бачимо у Проекті.

Для того, аби належним чином оцінити необхідність переформатування судової системи України або ж підтвердити доцільність її існування в теперішньому варіанті, слід звернутися до зарубіжної практики.

У зарубіжних країнах існують триланкові та чотириланкові судові системи. Така практика сформувалась через ряд об'єктивних причин, серед яких провідними є конституційний лад, організація поділу влади та система права. У розвинених демократичних державах історично склалися стійкі моделі судової організації, які на даний час повним чином себе виправдовують.

В основному структура та ієрархія системи залишаються класичними (суди нижчої, апеляційної та касаційної інстанцій). При цьому, за організації триланкової системи судами касаційної інстанції зазвичай виступають касаційні суди, вищі суди або ж Верховний суд. Чотириланкова система, відповідно, включає касаційні (вищі) суди як касаційну інстанцію, а Верховний суд представлений як головний орган загальної юрисдикції з наданими законодавством особливими контрольними повноваженнями.

Більш поширеною на сьогодні є триланкова система, яка є продуктом певної еволюції політичних та правових процесів у державах відповідно до їх історичного розвитку та ходу суспільних явищ. Десятиліття такої практики показали, що цей спосіб судової організації більш обгрунтований.

Загалом моделі судових систем держав прийнято поділяти за кількома критеріями, зокрема, відповідно до систем права у самих державах, існують англосаксонська та континентальна моделі. Звісно ж, в даному аспекті варто відзначити безперервні взаємні запозичення процесуального характеру між державами досвіду інших, що впливає і на побудову судових систем, відтак зумовлює більш складну диференціацію країн на дві окремі групи. Тому можна назвати кілька універсальних прикладів таких держав, серед яких Франція, Австрія, США, Японія, Італія, Канада, Данія, з країн пострадянського табору яскравим прикладом є Азербайджан, та загалом багато інших.

Кожна держава має свої особливості структури судової гілки влади. Принцип інстанційності присутній у всіх моделях та видах. Різниця полягає у поділі компетенції судових органів та виділенні однорідних у певні вертикалі.

Зокрема, популярною в останні роки тенденцією, особливо серед країн континентальної Європи, є виділення адміністративної юстиції в окрему ланку судових органів зі своєю власною структурою, компетенцією та механізмом діяльності. Це зумовлено тим, що в умовах складного постіндустріального суспільства збільшуються масштаби діяльності механізму виконавчої влади та управлінського апарату, зростає потік управлінських актів і, як наслідок, кількість скарг громадян, а також й інших управлінських спорів (наприклад, стосовно державних службовців, між територіальними одиницями тощо). Серед вищезгаданих прикладів така практика присутня у Франції, Австрії та Італії, про що вказується у конституціях цих держав або окремих законодавчих актах, присвячених судоустрою. При цьому, інші види юрисдикцій охоплюються загальною та є внутрішньо поділеними залежно від видів судочинства. Сюди ми не відносимо лише конституційну юрисдикцію, оскільки немає загальної закономірності серед європейських держав на предмет виділення конституційної юрисдикції: у одних склалась практика виділення окремої ланки судочинства через створення конституційних судів (Австрія, Франція), інші створюють окремі органи, які, по суті, не є судами (ФРН, Італія).

Найближчим до нас прикладом в аспекті розуміння побудови судової системи є, мабуть, Франція. Дослідники відзначають, що на сучасному етапі в цій країні створена найсильніша централізація судової влади та зразкова ієрархія судово-юрисдикційних органів, діяльність яких здійснюється суворо у відповідності із законом та виключає застосування надзвичайних актів. Тут єдиним органом касаційної інстанції є Касаційний суд, який розглядає скарги лише з питань права після прийнятих відповідно рішень в судах апеляційної або ж першої інстанцій (стосовно обвинувальних вироків суду присяжних або ж за нововиявленими обставинами, якщо це в інтересах засудженого). Касаційний суд Франції також надає роз'яснення та рекомендації нижчестоящим судам стосовно правозастосування. Внутрішньо він поділений на шість палат (три – з цивільних справ, по одній з соціальних питань, комерційних та кримінальних справ). За законодавством Франції, до Касаційного суду скарга подається лише на рішення, яке більше не підлягає апеляційному оскарженню. Зазвичай Касаційний суд, у випадках прийняття рішення про скасування оскаржуваного рішення чи вироку надсилає справу на новий розгляд із зазначенням відповідних рекомендацій, тобто позиція Касаційного суду фактично стає орієнтиром при розгляді аналогічних справ нижчими судами [7].

Досить таки цікава модель побудови судової системи бачимо в Данії. Датська правова система поділяє суди на три рівні: муніципальні суди, Вищі суди та Верховний суд. Як правило, справи розглядаються лише у двох інстанціях. Вищий суд як апеляційна інстанція розглядає справи після прийнятих рішень муніципальними судами, в окремих випадках виступає як суд першої інстанції. Верховний суд є не касаційною інстанцією, а судом, який розглядає апеляції на рішення Вищих судів [10]. У Данії, до речі, немає системи адміністративної юстиції, проте дії адміністративних органів можуть бути оскаржені в загальні суди аж до Верховного. Такий нетиповий для нас варіант процесуального порядку виправдовує себе у цій державі. І хоча інституту касації як такого в Данії немає, трирівнева судова система дає можливість належним чином реалізовувати норми законодавства та забезпечувати ефективність захисту гарантованих державою прав.

Системи судових органів розрізняють і за критерієм державного устрою держав. Вони можуть бути однакові в унітарних і федеративних державах, а можуть і різнитись. В унітарних державах зазвичай існує єдина система загальних судів. У федеративних державах також може бути єдина система (Канада, Австрія), або ж можлива як окрема система федеральних судів, так і окрема система судів суб'єктів федерації (США, частково ФРН). Канадська система включає провінційні суди (хоча вони можуть включати кілька ланок, залежно від провінції), вищі суди (як апеляційна інстанція) та Федеральний суд, що складається з Апеляційного відділу та Відділу судового розслідування та діє на підставі відповідного окремого закону, в сукупності утворюючи єдину унітарну систему.

В США система судів є переважно триланковою в межах кожного штату на чолі з верховними судами штатів, хоча в кінцевому рахунку, в тому числі і для верховних судів штатів, остаточною інстанцією все ж є Верховний суд США. Така організація, як бачимо, є чотириланковою, проте є зручною та виправданою у зв'язку із кількістю населення та навантаженням вищих судових органів. При таких «подвійних системах» федеральні суди застосовують тільки федеральні закони, суди ж штатів – і федеральні закони, і закони суб'єктів федерації (зрозуміло, свого штату) [10].

При цьому, варто показати приклад Австрії, яка, будучи федерацією, має унітарну систему судів. За текстом Конституції Австрії судова влада належить до сфери компетенції Федерації, тому організація і повноваження судів встановлюються тільки федеральними законами. Таким чином, існують лише федеральні суди, а судових органів окремо федеральних земель не існує [6, с. 284-285].

Загалом система судів загальної юрисдикції в Австрії є трирівневою, проте перша інстанція має двоповерхову структуру безпосереднього розгляду справ по суті: окружні суди та судові палати першої інстанції. Подібну модель можна побачити у Японії, де судами першої інстанції є місцеві та сімейні суди відповідно до районування, вісім вищих (апеляційних) судів, розташованих у великих містах, та Верховний суд Японії, який засідає трьома відділами та якому Конституцією надано апеляційну юрисдикцію із деякими винятками вирішення ним справ як судом першої інстанції [6, с. 294-295].

Приклад кількох рівнів першої інстанції існує і в Італії. Такий розподіл відбувається відповідно до значущості правовідносин, що стають предметом судового розгляду. Загалом застосована трирівневість, як у Франції, наприклад, – широка система судів першої інстанції, апеляційна інстанція та Верховний касаційний суд, до якого входять по три відділення з цивільних та кримінальних справ [6, с. 245-247; 7].

Окремим цікавим випадком організації судової влади у федеративній державі є ФРН – тут існує п'ять окремих ланок судів на рівні федерації, поділених відповідно до змісту розглядуваних справ із внутрішньою триланковою організацією судових органів на землях [4]. При цьому, федеральні суди та відповідні їм нижчі суди на рівні суб'єктів федерації утворюють цілісну гармонійну систему.

Останнім, проте не найменш важливим прикладом для України можна вказати Азербайджан – країну пострадянського простору, в якій внаслідок проведених реформ була створена триступенева незалежна судова система – суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Остання – в особі Верховного суду, який у судовій системі республіки є найвищим судовим органом з розгляду справ, віднесених до компетенції загальних та спеціалізованих судів (цивільних, кримінальних та інших) [9]. Відповідно до положень Основного закону Азербайджану, Верховний суд здійснює правосуддя у касаційному порядку, нагляд за роботою загальних та спеціалізованих судів і дає роз'яснення з питань належного ведення судової практики.

Підводячи певні проміжні висновки стосовно побудови судових систем розвинених держав, можемо сказати, що закордонна практика демонструє достатність трьох ланок судових органів. В Україні вищі суди здійснюють ті ж касаційні повноваження стосовно перевірки юридичної сторони рішень, правильності застосовуваних норм матеріального та процесуального права без перевірки правильності рішення по суті. Проте суди найвищого рівня наділені також повноваженнями стосовно надання рекомендацій судам нижчих рівнів. Як бачимо із зарубіжної практики, обидва ці повноваження здійснюються одним органом, в Україні ж і вищими спеціалізованими судами, і Верховним судом.

Вищевказані приклади були наведені для того, аби показати, що чотириланкова система судів має перевагу над триланковою при особливій організації влади в державі, відповідно до державного устрою, що в ній панує. Можна таку потребу пов'язувати також із кількістю населення в країні, проте, вважатимемо, що і в такому випадку можна максимально мінімізувати кількість судових органів із наданням їм найбільш повного та раціонально визначеного навантаження. У федеративних державах об'єктивно є потреба для централізованого судового контролю, яка втілюється у створенні цієї четвертої ланки, адже таким чином система буде включати всі необхідні компоненти.

В Україні чотири ланки судів існують досить тривалий час. І хоча громіздкість цієї системи має очевидні недоліки, її зміна також викликає чимало суперечок. В основному, захисники поточної системи судів України стверджують про досягнення гармонізації роботи у системі судових органів та про існування такої системи якраз у зв'язку із вимогами сучасності. Вчені апелюють до того ж зарубіжного досвіду стосовно принципу спеціалізації судів у зарубіжних країнах, що ефективно ними застосований та передбачає обов'язкову наявність вищого (спеціалізованого) судового органу на чолі кожного з видів юрисдикцій (ланок судочинства), аргументуючи ще і тим, що дана побудова судової системи забезпечує рівний і безперешкодний доступ до правосуддя. При цьому, прихильники таких позицій не називають Верховний Суд України четвертою ланкою судової системи України, а визначають його як найвищий судовий орган, наділений процесуальними і конституційно-правовими повноваженнями, які відсутні в інших судів України [5; 8].

З такою аргументацією досить важко погодитись. По-перше, необхідно повно і всебічно дослідити зарубіжний досвід і проаналізувати, які кроки були зроблені в інших державах для побудови в них наявних зараз систем. Мається на увазі, що: 1) у державах, у яких судова система побудована суворо за принципом спеціалізації судочинства, врахована необхідність створення судових органів всередині кожного виду судочинства першої, апеляційної та касаційної інстанцій; 2) побудова систем відповідає державному устрою: ширша організація характерна більше для федеративних держав. По-друге, забезпечення реалізації особами всіх необхідних прав, пов'язаних із доступом до правосуддя, не потребує обов'язково розгалужену систему судів, достатньо закріплення даних прав та механізмів реалізації у законодавстві із беззаперечним сумлінним дотриманням даних приписів на практиці. По-третє, Верховні суди наділяються не лише певними процесуальними, керівними, контролюючими або ж конституційно-правовими повноваженнями, але й виконують свою безпосередню функцію – розгляд реальних спорів, вирішення яких не досягло логічного фіналу. У Верховному Суді України справи розглядаються за правилами, встановленими для розгляду проваджень у касаційному порядку, тому про таке своєрідне відокремлення від загальної системи мову вести не можна.

Створена і вибудована протягом багатьох десятиліть нинішня система не лише судів, але і влади в Україні загалом потребує реформ. Потрібно визнати, що в поточних умовах ці реформи виявляться надто тривалими та досить таки проблематичними. Тим не менше, потреба форматування державного апарату щорік зростає. Тому можна висловити сподівання, що достатній рівень аналізу історичних процесів та поточної ситуації в Україні, врахування зарубіжного досвіду та максимально всебічне прогнозування перспектив будь-яких можливих змін приведе до настання очікуваних результатів та підвищить авторитет державної влади у суспільстві.

ЛІТЕРАТУРА

1. Пропозиції Робочої групи з питань правосуддя щодо внесення змін до Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://constitution.gov.ua/work/item/id/17

2. Висновок Венеціанської комісії щодо змін до Конституції в частині правосуддя, запропонованих Конституційною комісією [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://constitution.gov.ua/news/item/id/1061

3. Висновок Конституційного суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 20 січня 2016 року № 1-в/2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-16

4. Апарова Т. В. Конституционное регулирование организации и деятельности судов : зарубежная практика / Т. В. Апарова // Журнал российского права. – 1998. – № 6.

5. Фесенко Л. І. Правовий статус Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у системі судового устрою : Дисс… канд. юрид. наук за спец. : 12.00.10 / Л. І. Фесенко. – Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2011.

6. Шишкін В. І. Судові системи країн світу : Навч. посібник : у 3 кн. К. 1. / В. І. Шишкін ; МОН України ; КНУТШ, Інститут міжнародних відносин. – Київ : Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.

7. Осетинський А. Порівняльно-правовий аналіз функцій касаційної інстанції в судових системах країн романо-германської системи права та перспективи розвитку касації в господарському судочинстві України / А. Осетинський // Право України. – 2004. – № 5. – С. 23–28.

8. Глущенко С. Місце вищих спеціалізованих судів України у системі судової влади / С. Глущенко // Вісник прокуратури. – 2012. – № 9(135). – С. 104–113.

9. Рзаєв Р. Верховний Суд Азербайджанської Республіки в системі державної влади і судової влади / Р. Рзаєв // Право України. – 2012. – № 11/12. – С. 101–104.

10. Шишкін В. І. Правосуддя в Данії / В. І. Шишкін // Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. – 1998. – № 8. – С. 83–89.

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 342.721

ОСОБИСТЕ ЖИТТЯ: ТАЄМНИЦЯ ЧИ ПОВАГА?

PERSONAL LIFE: THE MYSTERY OR RESPECT?

Горобець Н.О.,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри юридичних дисциплін
Сумська філія
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті висвітлюються питання правової охорони права на особисте життя через вже закріплену у ЦК України таємницю чи, враховуючи сучасні тенденції трансформації приватного та публічного життя. Відстоюється позиція необхідності закріплення права на повагу до особистого життя особи, оскільки термін «повага» є більш гнучкий та у змозі передбачити правову охорону різносторонніх проявів особистого життя.

Ключові слова: право на особисте життя та його таємниця, особисте життя, публічне життя, приватне життя, повага, таємниця.

Статья освещает вопросы правовой охраны права на личную жизнь путем уже закрепленной в ГК Украины тайны или, принимая во внимание современные тенденции преобразования частной и публичной жизни. Отстаивается положение о необходимости закрепить право на уважение частной жизни человека, поскольку термин «уважение» является более гибким и способным предусмотреть правовую охрану разносторонних проявлений личной жизни.

Ключевые слова: право на личную жизнь и его тайна, личная жизнь, публичная жизнь, частная жизнь, уважение, тайна.

Privacy is a private matter of a person the content and form of which the person defines itself. The concept of privacy has not unanimous understanding in literature. There is a number of approaches to its understanding. Firstly, it is treated as property, moral, cultural and other links that are created on the basis of family, friendship and other relationships between people in privacy, procreation, housing, housekeeping, hobbies, taking part in cultural life, outlook, thoughts and beliefs. Secondly, privacy is considered through the opposition of private – public life.

Today, the public life is not identified only with political activities. It is considered as a sphere of life that is open to the society and reflects the interests of community and state. Transformations that have been in private life took it out of the personal, intimate areas that were covered from the others, and made it a part of civil life. One may state that there is no clear boundary between private and public life. And the question about the concern of a particular human behavior to the private or public life should not be guided only by the criteria of their distribution.

Privacy is the right to make a decision about how to spend his life and everyone's right to cover it or not to others without intervention from outside. Modern realities demand us to speak at the legislative level about respect but not secrecy that is absorbed by the previous term. Privacy deserves full respect, which reflects the official legal recognition of precisely such values. Undoubtedly, in this case we are talking not about the respect of its subjective and moral aspect (respect as emotion), but in outside behavior, socio-ethical and legal terms (respect as an action). The difference between the statements of the «right to privacy» and «right for the respect to privacy» is obviously lies in presence in the latter case some positive legal duties imposed to the obligated persons.

Key words: right privacy life and its secrecy, privacy life, public life, respect, secret.

Особисте життя – особиста справа особи, зміст і форми якого вона визначає сама. Побічний вплив на нього здійснює суспільство за допомогою неправових регуляторів людських відносин: моральних цінностей, релігійних норм, системи ідеалів, пріоритетів, відношення інших членів суспільства до тих чи інших вчинків особи у сфері особистого життя тощо. У сфері культури сучасного українського суспільства особисте життя зазнало суттєвої трансформації. Приватна та публічна невід'ємні сфери людського буття на сьогодні вже не мають такої чіткої межі як це було до XIX ст., а відтак це обумовлює необхідність по-новому подивитися і на цивільно-правову охорону особистого життя.

Дослідженням проблеми особистих немайнових прав, цивільно-правової охорони особистого життя приділяється значна увага зарубіжних і вітчизняних учених. Таємницю особистого життя, повагу до нього у своїх роботах досліджували: М. Л. Апраніч, В. І. Бобрик, Л. О. Красавчикова, І. Л. Петрухін, М. М. Малеїна, Н. В. Устименко, Р. О. Стефанчук, С. О. Сліпченко та ін.

Метою статті є дослідження особистого життя через протиставлення «приватне – публічне» з врахуванням змін і трансформацій, що відбуваються у сучасному суспільстві та аналіз правового режиму таємниці, поваги до нього.

У літературі немає одностайності щодо розуміння поняття особистого життя. Виділяється декілька підходів до його розуміння. По-перше, його розглядають як майнові, моральні, культурні й інші зв'язки, які створюються на основі сімейних, дружніх, інших відносин між людьми в сфері особистого життя, продовження роду, влаштування житла, ведення домашнього господарства, хобі, участі у культурному житті, світогляду, думок, переконань [1]; по-друге, особисте життя розкривають через протиставлення «приватне – публічне» життя [2, 3, 4]. Розглядаючи поняття особистого життя через протиставлення «приватне – публічне» потрібно враховувати зміни і трансформації, що відбуваються у сучасному суспільстві, які вимагають по-новому подивитися на ці поняття.

Під об'єктом особистого життя пропонується розуміти реальні явища і відносини особистого життя та інформацію про особисте життя [5, с. 19]. Звідси, виділяються і різні завдання цивільно-правової охорони особистого життя: забезпечення свободи власного переконання в індивідуальній життєдіяльності і, відповідно, недопущення розповсюдження інформації про особисте життя через встановлення режиму таємниці особистого життя.

О. В. Ходус стверджує, що сучасні українці продовжують сприймати приватне життя в традиційному (чи-

тай – радянському) сенсі як рівень приховування чого-небудь, насамперед від влади [6, с. 92].

Приватне та публічне як у буденному, так і в науковому дискурсі зазвичай фігурують як тотожні опозиції «суспільне – особисте». Так, приватне – це приватне життя, життя вдома і сам дім – приватна власність. Відповідно, публічне – спільне, життя поза домом, осяжне та видиме для інших з їх спільними інтересами [7, с. 46]. Таке протиставлення у літературі називається штучним явищем, створеним людьми завдяки певним зусиллям [7, с. 49].

Поділ життя на приватне та публічне був чітко окреслений за грецької демократії. Так, публічне життя ототожнювалося з політичною діяльністю, а приватне – з особистими, майновими, економічними потребами [7, с. 46-47]. Публічне з давніх-давен розглядалося як сфера, де люди захищають інтереси суспільства в цілому, а власні справи, пов'язані із необхідністю забезпечувати життєдіяльність індивідів, залишають осторонь. При цьому приватне життя – це життя у власному домі, тобто дещо таке, що має просторову форму – що можна залишити позаду, із чого можна вийти. Тобто, між приватним та публічним існувала чітка межа, яку особа повинна була подолати для зміни сфер життєдіяльності.

Звідси, поняття «публічне» розкривається у двох аспектах: видиме – те, що відкрито, видимо чи доступно іншим, протиставляється тому, що сховано чи приховано (що тим самим утворює «приватне»), колективне – те, що колективне чи впливає на інтереси колективу, в протиставлення індивідуальному (приватному, особистому) [8, с. 8].

Розподіл сфер життєдіяльності людини на приватну та публічну передбачав існування чіткої межі, що відділяла їх одну від одної. Аналізуючи приватне та публічне життя на сучасному етапі, можна зазначити, що відбулися суттєві зміни у світогляді людини за рахунок стрімкого розвитку суспільства та різноманітних інноваційних технологій. Це призвело до таких непритаманних донині явищ як: тотальний контроль держави у сфері особистого життя через загрозу тероризму, винайдення надсучасних засобів стеження за особою тощо; устремління самого обивателя виставити своє приватне життя на всезагальний показ. На сьогодні приватне життя знаходить свій розвиток через публікацію, тобто виставленням напоказ свого особистого життя. У сучасних умовах розвитку суспільства приватне життя, взаємодіючи з публічним, починає відігравати роль стрижня особистості, що формується повсякденним життям за різноманітних дій приватного, сімейного, домашнього та інтимного характеру. З цих позицій приватне життя перетворюється на особливий інкорпорований інститут, що включає людину не лише у спілкування із близькими у сфері побуту, але й у суспільну систему, у соціокультурне та природне середовище. Відповідно, сучасна форма приватного не тільки не роз'єднує людей, не поглинає і експансує публічне, але стає джерелом його відтворення [9, с. 15]. У відношенні до особистого життя виникає уявлення, що воно існує лише задля художнього зображення життя особистості і не є цінністю саме по собі.

Приватне життя може розглядатися як вільне і самодостатнє лише за умови його включеності у систему суспільних відносин, які й уможливлюють його як таке. В результаті взаємодії цих протилежних тенденцій, які, однак, взаємодоповнюють одна одну, приватне життя стає предметом культивування інтимних, дуже особистісних властивостей і якостей, що приховуються від інших. І все ж, такі форми приватного життя, що охоплюють різноманітні сфери сучасного суспільства, стають основним джерелом розвитку сучасної культури. Саме тому на сферу приватного покладається значне навантаження, яке раніше виконувала публічна сфера [9, с. 16].

Ураховуючи вищенаведене, зазначимо, що на сьогодні публічне не ототожнюється лише з політичною діяльністю, його розглядають як сферу життя, яка є відкритою для суспільства та відтворює інтереси суспільства, держави. Трансформації, що відбулися із приватним життям, вивели його із особистої, інтимної сфери, закритої від інших, а відтак зробили особисте життя теж частиною суспільного життя. Можна стверджувати, що на сьогодні не існує чіткої межі між приватним та публічним життям, а при вирішенні питання, чи є та чи інша поведінка особи – поведінкою у сфері приватного чи публічного життя, не можна керуватися лише критеріями їх розподілу, які існували донедавна.

У цьому контексті актуальним видається таке положення як – сучасне суспільство потребує для особистого життя особи більше таємниці чи поваги. Слово «таємниця» тлумачиться як те, що приховується від інших, відоме не всім; те, що не підлягає розголошенню, секрет [10]. У цивілістичній літературі термін «таємниця» розглядається в розумінні: 1) обмеженого кола відомостей, інформація, яка стосується охорони інтересів держави і громадян [11, с. 56]; відомостей про певну людину, не пов'язаних з її професійною або суспільною діяльністю, які дають оцінку її характеру, зовнішності, здоров'ю, матеріальному стану, сімейному становищу, способу життя, окремим фактам біографії, а також її відносинам з друзями, родичами, знайомими тощо [2, с. 153]; відомостей конфіденційного характеру про різноманітні сторони індивідуальної життєдіяльності людини, розголошення яких завдає або може завдати людині шкоди [12, с. 10].

До таємної інформації належить інформація, що містить відомості, які становлять державну та іншу передбачену законом таємницю, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі (ст. 30 Закону України «Про інформацію»). Відтак, таємницю особистого життя становить інформація, яка має статус конфіденційної, стосується різноманітних сторін індивідуальної життєдіяльності особи, розголошення якої завдає чи може завдати шкоди управомоченій особі та/чи особам, відомості особистого характеру стосовно яких були розголошені; доступ або розголошення такої інформації можливий лише за згоди особи, або у випадках прямо передбачених законом (відомості, повідомлені стороннім особам при виконанні останніми службових обов'язків, послуг або певної роботи тощо).

Повага визначається як почуття шани, прихильне ставлення, що ґрунтується на визнанні чиїх-небудь заслуг, високих позитивних якостей когось, чогось, пошана, шана, шаноба [13, с. 453]; абстрактна соціальна категорія, яка відображає оцінку почуття гідності/вищості/більшої ідеальності того, на кого спрямована ця оцінка [14]. Людина має розуміти свою соціальну цінність, значущість, недоторканність, мати почуття власної гідності та відчувати повагу до себе інших осіб.

Право на повагу до особистого життя є правом жити за власним бажанням, правом бути захищеним від публічності, право встановлювати і розвивати стосунки з іншими людьми, особливо в емоційній сфері для розвитку та становлення особистості.

Еволюція прецедентного права за Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод показала, що гнучкість, притаманна терміну «повага», дозволяє йому розвиватися і, незважаючи ні на що, реагувати на зміни в суспільстві. Аналізуючи ставлення осіб у сучасному суспільстві до таємниці особистого життя, видається встановлення лише його таємниці неактуальним.

Зазначене вказує не тільки на перспективи наступних наукових досліджень права фізичної особи на особисте життя та його таємниці, але й на необхідність подальшого вивчення питання таємниці та поваги до особистого життя фізичної особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Романовский Г. Б. Право на неприкосновенность частной жизни / Г. Б. Романовський. – М. : МЗ–Пресс, 2001. – 382 с.
2. Маленина М. Н. Личные неимущественные права граждан : понятие, осуществление, защита / М. Н. Маленина. – М. : МЗ–Пресс, 2000. – 241 с.
3. Стецовский Ю. И. Право на свободу и личную неприкосновенность : нормы и действительность / Ю. И. Стецовский. – М. : Дело, 2000. – 563 с.
4. Стогова О. В. Особисте життя : проблема визначення поняття / О. В. Стогова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dspace.uabs.edu.ua/ jspui/bitstream/123456789/12062/2/osobyste%20gyttya%20ludyny.pdf.
5. Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова. – М. : Юридическая литература,1983. – 160 с.
6. Ходус О. В. От общественного к приватному : актуальные модальности социокультурного бытия / О. В. Ходус // Нова парадигма. – 2014. – Вип. 121. – С. 84–94.
7. Волковинська В. О. Публічне і приватне : необхідність кордонів чи криза інтерпретації / В. О. Волковинська // Молодий вчений. – 2015. – № 2. – С. 46–50.
8. Публичная сфера : теория, методология : монография / под ред. Е. Р. Ярской-Смирновой и П. В. Романова (Библиотека «Журнала исследований социальной политики»). – М. : ООО «Вариант» : ЦСПГИ, 2013. – 360 с.
9. Соболевська М. Між приватністю та публічністю : парадокси сучасного суспільства / М. Соболевська // Актуальні проблеми соціології, психології, педагогіки : Збірник наукових праць. – К. : Фенікс, 2010. – Вип. 10. – С. 11–16.
10. Академічний тлумачний словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sum.in.ua.
11. Рыбальченко Р. К. Личная жизнь граждан и некоторые вопросы ее конституционной охраны в СССР / Р. К. Рыбальченко // Проблемы социалистической законности. – Харьков, 1981. – Вып. 4. – С. 53–60.
12. Устименко Н. В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона : автореф. дис.… на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / Н. В. Устименко ; Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого. – Х., 2001. – 20 с.
13. Новий тлумачний словник української мови : у 4-х т. [укл. : В. Яременко, О. Сліпушко]. – К. : Вид-во «Аконіт», 1998. – Т. 3. – 1998. – 928 с.
14. Вікіпедія – вільна енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http : //uk .wikipedia.org/wiki/Повага.

УДК 347.635:347.637

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА КОНТАКТ ТА СПІЛКУВАННЯ З ДИТИНОЮ ПРИ ОКРЕМОМУ ПРОЖИВАННІ БАТЬКІВ

THE RIGHT TO CONTACT AND COMMUNICATION WITH THE CHILD AT SEPARATION PARENTS

Гресь Н.М.,
старший викладач
Сумський національний аграрний університет

Стаття присвячена дослідженню механізму реалізації права на спілкування та контакту з дитиною при окремому проживанні батьків, виявленню теоретичних та практичних проблем при реалізації цього права. У статті аналізуються форми і способи захисту права на спілкування та контакт з дитиною. Зокрема, увага приділена адміністративному та судовому порядку захисту порушеного права на контакт та спілкування з дитиною.

Ключові слова: дитина, батьки, батьківські права, право на контакт з дитиною, право на спілкування з дитиною, здійснення права, захист права.

Статья посвящена исследованию механизма реализации права на общение и контакт с ребенком при раздельном проживании родителей, выявлению теоретических и практических проблем при реализации этого права. В статье анализируются формы и способы защиты права на общение и контакт с ребенком. В частности, уделено внимание защите нарушенного права на контакт и общение с ребенком в административном и судебном порядке.

Ключевые слова: родители, ребенок, родительские права, право на контакт с ребенком, право на общение с ребенком, осуществление права, защита права.

This article investigates to the mechanism of communication and contact with child in the separation of parents identify theoretical and practical problems with the implementation of this right. This article analyzes the forms and methods of protecting the right to communication and contact with the child.

The right to contact and communicate with the child provided a number of regulations and conventions ratified by Ukraine. The concept of the right to contact disclosed in the Convention on contact with children 2003, Ukraine adopted in 2007.

National law gives parents the opportunity to sign a contract for the implementation of parental rights and duties to those who does not live with child. In this agreement persons may decide many important moment for them: the frequency of meetings with the child, their duration, the presence of third persons in communicating.

But very often mothers of minor children object to personal contact with the father of the child or require that it happened in their presence. There are numerous cases of antagonizing the child against the father when the rule of law is violated and the person intentionally interferes in communication with the father of a minor child.

The law provided for administrative and judicial procedures to protect rights of access of the parent who does not live with the child. The protection of family rights is the guardianship and custody. If any of the parents do not agree with the decision of the guardianship authority on this issue, such a decision may be appealed in court. But the resolution of the dispute regarding contact with the child in court can only deepen the conflict situation between the parents. In this sense, mediation appears necessary and most appropriate way to settle disputes in this category. It should be noted that family mediation is one of the first and most common types of mediation abroad.

Key words: parents, child, parent's laws, right to contact with child, right to communication, exercise of right, defense of right.

Право на контакт та спілкування батьків з дітьми належить до особистих немайнових прав. Порушення цього права, створення умов, за яких неможлива його реалізація, є правопорушенням. Останнім часом в Україні зростає число розлучень, незареєстрованих шлюбів і дітей, народжених поза шлюбом. Все більшого розповсюдження набуває неповна сім'я, тобто родина, в якій внаслідок різних причин виховує дитину (дітей) один з батьків. За обставин окремого проживання, той із батьків, який проживає окремо від дитини, часто втрачає можливість реалізації батьківських прав в повному обсязі, зокрема права на спілкування та контакт з дитиною, без яких неможливо реалізувати право на участь у вихованні дитини та інші батьківські права. Але, разом з тим, ці тенденції не в повній мірі враховуються сімейним законодавством, тому пошук механізмів вирішення проблем, які виникають при реалізації права на контакт та спілкування з дитиною тим з батьків, який проживає окремо, є актуальним.

Серед вітчизняних та зарубіжних вчених-правників, які вивчали особливості сімейних особистих немайнових прав дітей та батьків, можна виділити Красицьку Л., Клім С., Левківського Б., Громоздіну М., Бєсєдкіна Н., Нєчаєву О.

Метою статті є дослідження механізму реалізації права на контакт та спілкування з дитиною при окремому проживанні батьків, виявлення теоретичних та практичних проблем при реалізації цього права, окреслення шляхів їх розв'язання, дослідження форм і способів його захисту.

Право на контакт та спілкування з дитиною забезпечується рядом нормативно-правових актів і Конвенцій, ратифікованих Україною. Згідно ч. 3 ст. 9 Конвенції про права дитини [1], дитина, яка не проживає з одним чи обома батьками, має право підтримувати на регулярній основі особисті та прямі контакти з обома батьками, за винятком випадків, коли це суперечить інтересам дитини. Положення даної Конвенції знайшло своє закріплення в національному законодавстві. Так, Закон України «Про охорону дитинства» [2] визначає поняття і особливості реалізації права на контакт з дитиною. Відповідно до зазначеного Закону контакт з дитиною – це реалізація матір'ю, батьком, іншими членами сім'ї та родичами, у тому числі тими, з якими дитина не проживає, права на спілкування з дитиною, побачення зазначених осіб з дитиною, а також надання їм інформації про дитину або дитині про таких осіб, якщо це не суперечить інтересам дитини.

Більш широко поняття права на контакт розкривається в Конвенції про контакт з дітьми [3] 2003 року, прийнятою Україною у 2007 році. Воно включає: перебування дитини протягом обмеженого періоду разом з особою, з якою вона зазвичай не проживає, чи зустріч з такою особою; будь-яку форму спілкування між дитиною й такою особою; надання інформації такій особі про дитину або дитині про таку особу.

Отже, визначення контакту в Конвенції про контакт з дітьми є ширшим за національне, в якому передбачено побачення з дитиною, а не її перебування з особою, з якою вона не проживає.

Аналіз положень Конвенції про контакт з дітьми свідчить, що за змістом право батьків і дитини на контакт ширше, ніж право батьків і дітей на спілкування між собою, оскільки право на контакт містить у собі не тільки право на будь-яку форму спілкування батьків і дитини між собою, але й право перебування дитини протягом обмеженого періоду разом з батьками, і з якими вона зазвичай не проживає, та право на одержання інформації один про одного [4, с. 216].

Сімейний кодекс України [5] (далі – СК України) використовує тільки поняття «право на спілкування з дитиною». Легальне визнання права батьків та дітей на спілкування є правовим засобом забезпечення права дитини на належне батьківське виховання, а також правовою гарантією належного здійснення батьками своїх обов'язків щодо виховання дитини. Спілкування може мати різні форми: побачення віч-на-віч, за допомогою засобів зв'язку, одержання та передача інформації стосовно один одного, шляхом надання подарунків, можливість спільного відпочинку та інші форми. Гарантією цього права є положення, яке передбачає, що той з батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини.

Право на контакт здійснюється на підставі угод про контакт та розпоряджень про контакт із дитиною.

Національне законодавство надає батькам можливість укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини. В цьому договорі сторони можуть оговорити важливі умови: періодичність зустрічей з дитиною, їх тривалість, необхідність присутності третіх осіб при спілкуванні тощо. Також в цьому договорі можна обговорити питання, пов'язані з наданням інформації про дитину (стан її здоров'я, успішність в школі тощо). Даним договором не може бути передбачено позбавлення або обмеження права на спілкування з дитиною того з батьків, хто проживає окремо, оскільки це порушує права останнього.

Слід зазначити, що сімейне законодавство виходить із принципу повної рівноправності обох батьків – батька і матері – у всіх правах і обов'язках відносно своїх дітей. Цей принцип навіть знайшов своє відображення у Конституції України, у ст. 51 якої зазначено, що кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Стаття 141 СК України [5] також прямо передбачає, що батько має рівні, тобто такі ж самі, як і мати, права і обов'язки щодо дитини. Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08 вересня 2005 року закріплює принцип рівності жінок та чоловіків, проте і досі гендерна рівність у багатьох сферах ще не досягнута. Так, при визначенні місця проживання неповнолітньої дитини, суд, оцінюючи докази у справі, має враховувати ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особисту прихильність дітей до кожного з батьків, вік дітей, їх стать, особисті якості батьків, можливість створення належних умов до виховання дитини. На практиці здебільшого дитина залишається проживати з матір'ю. Це відповідає принципу 6 Декларації про права дитини, згідно якого малолітня дитина не повинна, крім випадків, коли є виключні обставини, бути розлученою з матір'ю. Це є зрозумілим і виправданим, особливо коли питання стосується маленьких дітей. З точки зору психології, між дитиною та її матір'ю в ранньому віці існує дуже тісний зв'язок, розірвання якого залишає глибокий слід на психіці та навіть на фізичному розвитку дитини. Саме жінка може забезпечити необхідні умови побуту, виховання, розвитку дитини.

Але, проблема полягає в тому, що досить часто матері неповнолітніх дітей заперечують проти особистого спілкування батька з дитиною або вимагають, щоб воно відбувалося в їхній присутності. Далеко не поодинокі випадки налаштовування дитини проти батька, коли норма закону порушується і особа свідомо перешкоджає спілкуванню батька з неповнолітньою дитиною, доводячи до відома дитини негативні риси характеру батька. У багатьох випадках чоловіки полишають справу налагодження контакту з дитиною, втішаючи себе тим, що спроби будуть поновлені та буде позитивний результат після спливу деякого часу, коли дитина підросте, що не зовсім правильно, оскільки з перших років життя дитина позбавлена можливості спілкуватись з батьком, що в подальшому призведе до психологічного бар'єру, для подолання якого потрібні час та значні зусилля.

У межах юрисдикційної форми захисту права на спілкування того з батьків, хто проживає окремо від дитини, існує адміністративний і судовий порядок. Адміністратив-

ний порядок полягає у вирішенні сімейно-правових спорів органом опіки та піклування. У Порядку провадження органами опіки діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини [6] передбачений механізм вирішення спору щодо участі у вихованні дитини, але реалізація права на виховання не можлива без контакту і спілкування з дитиною. Тобто в адміністративному порядку застосовуються інші терміни, що може призвести до неоднозначного тлумачення норм.

У разі виникнення спору між батьками щодо участі у вихованні дитини один з батьків, що проживає окремо від дитини, подає службі у справах дітей за місцем проживання дитини заяву, в якій має зазначити, що їй чиняться перешкоди у побаченні з неповнолітньою дитиною, в результаті чого особа позбавлена можливості спілкуватись та брати участь у вихованні дитини. Працівник служби у справах дітей проводить бесіду з батьками, а, у разі потреби, також з родичами дитини. До уваги береться ставлення батьків до виконання батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, стан здоров'я дитини та інші обставини, що мають істотне значення. Після з'ясування обставин, що призвели до виникнення спору між батьками щодо участі у вихованні дитини, служба у справах дітей складає висновок. Участь у вихованні дитини та, у разі потреби, порядок побачення з дитиною того з батьків, який проживає окремо від неї, встановлюються рішенням районної, районної у містах Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті ради з урахуванням висновку служби у справах дітей.

Хоча в СК України і закріплено положення про обов'язковість виконання рішень органів опіки та піклування, проте ані органи Державної виконавчої служби України, ані правоохоронні органи не мають можливості примусити виконувати дане рішення того з батьків, з ким проживає дитина. Це рішення не включене до числа виконавчих документів.

У разі, якщо будь-хто з батьків не згоден з рішенням органу опіки та піклування з цього питання, то таке рішення може бути оскаржене в судовому порядку. Згідно зі ст. 159 СК України вирішення спору між батьками щодо способів участі у вихованні дитини у судовому порядку можливе за умови невиконання одним із батьків рішення органу опіки та піклування з цього питання. Якщо орган опіки та піклування способів участі позивача у спілкуванні з дитиною та у її вихованні у встановленому порядку не визначав і не приймав жодного рішення, суд не приймає таку справу до розгляду. Так колегія суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Київської області 30 травня 2011 року скасувала рішення суду першої інстанції та постановила нове, яким відмовила у позові про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною, оскільки рішення прийнято без висновку органу опіки та піклування та за відсутності доказів існування таких перешкод [7, с. 43].

Під час розгляду судом спорів між батьками щодо виховання дитини районна, районна у містах Києві та Севастополі держадміністрація, виконавчий орган міської, районної у місті ради подає суду письмовий висновок про способи участі одного з батьків у вихованні дитини, місце та час їх спілкування, складений на підставі відомостей, одержаних службою у справах дітей в результаті проведення бесіди з батьками, дитиною, родичами, які беруть участь у її вихованні, обстеження умов проживання дитини, батьків, а також на підставі інших документів, які стосуються зазначеної справи.

Виходячи з права того із батьків, який проживає окремо від дитини, на спілкування з нею, а також з необхідності захисту прав та інтересів неповнолітнього при спілкуванні із цим батьком (матір'ю), суд у своєму рішенні визначає порядок такого спілкування (час, місце, тривалість спілкування тощо) з урахуванням обставин кожної конкретної справи. При визначенні порядку спілкування та участі у вихованні батьком (матір'ю) з дитиною суд бере до уваги вік дитини, стан її здоров'я, прихильність до кожного з батьків та інші обставини, здатні вплинути на фізичне й психічне здоров'я дитини, на її моральний розвиток. У виняткових випадках, коли спілкування дитини з тим із батьків, хто проживає окремо, може завдати шкоди дитині, суд має право не допускати здійснення батьківських прав на шкоду фізичному й психічному здоров'ю дітей і їхньому моральному розвитку, вправі відмовити цьому батькові (матері) в задоволенні позову про визначення порядку його участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею, виклавши мотиви ухваленого рішення. Аналогічно вирішується й вимога про усунення перешкод батькам, не позбавленим батьківських прав, у вихованні та спілкуванні з дитиною.

Аналіз судової практики свідчить, що приводом до створення перешкод для спілкування з дитиною може бути малолітній вік, хвороба дитини, емоційні зриви неповнолітніх під час розлучення після побачення, а тому слід мати на увазі, що суд зобов'язаний перевірити наявність т. зв. «перешкод», а сторони повинні довести свою позицію та правоту.

Суд може відмовити у задоволенні позову, якщо цього вимагають інтереси дитини, зокрема якщо будуть встановлені обставини, які перешкоджають спілкуванню. Наприклад, неправомірна або негідна поведінка окремо проживаючого батька в період спілкування з дитиною (з'явлення до дитини в нетверезому стані, налаштовування її проти другого з батьків, схилення до вчинення аморальних вчинків, здійснення відносно дитини насильницьких дій, примус її до надмірної праці, застосування жорстоких форм покарання, зловживання батьківськими правами тощо).

Та навіть задоволення позову судом породжує проблему виконання такого рішення. Порядок побачень, який встановлений судом, потребуватиме постійних змін відповідно до обставин як в житті дитини, так і батьків (хвороба, зміна графіку роботи батьків чи навчання дитини тощо). А якщо батьки перебувають у стані конфлікту, зробити це за взаємною згодою неможливо. Звертатись для зміни часу побачень з дитиною кожного разу до суду також досить складно. Навіть залучення державних виконавців не вирішує проблему. А, якщо сама дитина не захоче спілкуватись з одним із батьків, то, не дивлячись на рішення суду, контакт і спілкування будуть неможливими, жоден примус не вирішить проблему.

Розв'язання спору щодо контакту з дитиною в судовому порядку може лише поглибити конфліктну ситуацію між батьками. Спори, що випливають із сімейних правовідносин, є однією з найбільш складних категорій справ, але не стільки з погляду закону, скільки в силу великої кількості «позаправових» аспектів у їх утриманні. У всякому разі при вирішенні таких спорів важливо зберегти дружні відносини їхніх учасників, що часто неможливо в процесі судового розгляду. Сама природа змагальної системи налаштовує сторін одну проти одної, змушуючи їх змагатися та мислити в рамках протилежних позицій, перешкоджаючи нормальній комунікації й усвідомленню спільних інтересів, наприклад таких, як благополуччя дітей [8, с. 80].

На нашу думку, необхідним і найбільш оптимальним способом урегулювання цієї категорії спорів є медіація. Слід зазначити, що сімейна медіація – один із перших і найбільш поширених видів медіації за кордоном. У США в більшості штатів на законодавчому рівні визнано сімейну медіацію. В деяких із них передбачено проведення обов'язкової медіації в справах, пов'язаних з опікою та вихованням дітей після розлучення батьків. Багато служб сімейної медіації створюються й функціонують при судах.

Отже, медіація в сімейних конфліктах є ефективним способом вирішення спору і його емоційної складової. Інститут сімейної медіації потребує інтеграції в систему цивільної юрисдикції, відсутність законодавчого регулювання на рівні законів та підзаконних актів суттєво гальмує розвиток цього інституту в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція ООН про права дитини від 27 лютого 1991 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_021.
2. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.
3. Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgibin/laws/main.cgi?nreg=994_659
4. Красицька Л. В. Здійснення та захист права батьків і дитини на контакт / Л. В. Красицька // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2012. – Вип. 4. – С. 213–224.
5. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
6. Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини : Постанова Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 року № 866 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/866-2008-%D0%BF
7. Захист прав дітей у цивільному судочинстві. Судові рішення. Практичний посібник / За заг. ред. В. Т. Маляренка. – К., 2012.
8. Яворська О. Медіація в сімейних спорах / О. Яворська, А. Демчук // Історико-правовий часопис. – 2013. – № 2. – С. 79–83.

УДК 347. 921

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСІВ В НІМЕЧЧИНІ

SOME ASPECTS OF NOTARY IN GERMANY

Денисяк Н.М.,
викладач
Міжнародний гуманітарний університет

Розглянуто основні моделі латинського нотаріату, а також аналізуються форми німецької моделі. Стаття присвячена короткому аналізу особливостей розвитку нотаріату в Німеччині. Характеризуються окремі вимоги щодо організації та функціонування нотаріальної діяльності в Німеччині.

Ключові слова: модель, форма, нотаріат, діяльність, адвокат, посадова особа, обов'язки нотаріуса.

Рассмотрены основные модели латинского нотариата, а также анализируются формы немецкой модели. Статья посвящена краткому анализу особенностей развития нотариата в Германии. Характеризуются отдельные требования по организации и функционированию нотариальной деятельности в Германии.

Ключевые слова: модель, форма, нотариат, деятельность, адвокат, должностное лицо, обязанности нотариуса.

Today in Europe there are three basic models of Latin Notaries, German, French and mixed. German notary model is presented in three forms: notaries, lawyers, notaries, notary-public servants.

In the system of the German notary is a public officer, according to the law of the country must have a law degree, a similar formation judge or lawyer.

The post of notary may be appointed only a German national who, according to the German Law on Judges, suitable for the post of judge. It must be «complete lawyer». A person over 60 years cannot be appointed a notary. The age limit for acting notary – 70 years.

In Germany, the notary is obliged to participate in the conclusion of agreements relating to the areas of law listed below: Commercial Law, Corporate Law, Family Law.

Job notary is not a commercial activity. The notary is obliged to refuse any commercial action, particularly from campaign, contrary to the official position. From this position it special duties resulting in the state legislative definition of the relevant organization of this activity. Should be made clear legislative procedural prerequisites.

The study of international experience enables notaries to examine good practice abroad, familiar with German law on the organization and functioning of notaries.

Key words: model, form, notaries, activity, lawyer, official, duties notary.

За твердженням Ж. А. Тальпіса, на сьогодні в Європі існує три основні моделі латинського нотаріату: німецька, французька та змішана [1].

Німецька модель нотаріату представлена в трьох формах:

1. Нотаріуси (займаються чисто нотаріальною діяльністю і нічим більше. Ця форма нотаріату практикується в Баварії, Бранденбурзі, Гамбурзі, Мекленбург-Передній Померанії, Рейнланд-Пфальці, Саарі, Саксонії, Саксонії-Анхальт, Тюрінгії та прилеглої до Рейну частини Північної Рейн-Вестфалії).

2. Адвокати-нотаріуси (паралельно з адвокатською діяльністю практикують також нотаріальну. Ця форма нотаріату поширена в Берліні, Бремені, Гессені, Нижній Саксонії, Шлезвіг-Гольштейні і в східних областях Північної Рейн-Вестфалії).

3. Нотаріуси-державні службовці (платня виплачується з державного бюджету, а гонорар за послуги повністю йде в казну країни. Ця форма нотаріату практикується у Баден-Вюртемберзі).

У системі органів Німеччини (далі – ФРН) нотаріус є посадовою особи, згідно із законом країни, повинен мати юридичну освіту, аналогічну освіті судді або адвоката [4]. Призначаються земельним урядом. Вони уповноважені завіряти договори та акти, і повинні давати незалежні безсторонні консультації усім сторонам договору. У залежності від конкретної землі ФРН, свої обов'язки вони здійснюють через нотаріуса (тобто, коли їхня єдина спеціальність – нотаріус з цивільного права), або «адвоката та нотаріуса» (тобто, це адвокат, який також може виступати у ролі нотаріуса). У більшості частин ФРН нотаріуси не працюють на державу, єдине виключення становить земля Баден-Вюртенбург, де вони в основному є державними службовцями [1].

На посаду нотаріуса, може бути призначений лише громадянин ФРН, який, за німецьким Законом про суддів, підходить для посади судді. Він повинен бути «повним юристом» (за німецькою термінологією). Для призначення нотаріусом достатнім буде мати закінчену

юридичну освіту, отриману в університеті або інституті колишньої Німецької Демократичної Республіки, пройти дворічну підготовчу практику зі складанням іспиту на «дипломованого юриста» замість підтвердження придатності на посаду судді, згідно з німецьким Законом про суддів. Якщо претендент на посаду нотаріуса працював у державному нотаріаті, тоді необхідність, у підготовчій практиці з державним іспитом відпадає. Додатково проводиться перевірочне спілкування у відповідній комісії для того, щоб встановити, чи дійсно у кандидата наявні особистісні передумови для незалежної консультативної діяльності в якості нотаріуса [2]. Особа, старша 60 років не може бути призначена нотаріусом. Вікова межа для виконуючого обов'язки нотаріуса – 70 років [1].

У ФРН нотаріус зобов'язаний брати участь в укладенні угод у таких галузях:

– комерційне право (нерухомість, покупка, дарча, тимчасове користування, встановлення іпотеки та іпотечних боргів);

– корпоративне право (підприємницька діяльність, підстава або переоформлення товариств, товариств громадянського права, передача часткою, внесення до Торгового Реєстру і т.д.);

– спадщина і дарування (заповіт і договір про спадщину, клопотання про видачу документа на право успадкування, розподіл спадщини, договір дарування);

– сімейне право (шлюб, партнерство, сім'я, шлюбний договір, договір про розлучення, договір про партнерство, усиновлення);

– запобігання суперечок, мирне врегулювання конфліктів, угода про наслідки розлучення (розподіл майна, виконавчі листи і т.д.);

– довіреність на медичний догляд (розпорядження про передачу опікунських прав, передача іншій особі прав щодо прийняття важливих медичних рішень в разі втрати дієздатності).

До обов'язків нотаріуса відноситься і т. зв. «пояснення»: пояснення всіх можливих шляхів врегулювання певної справи. Нотаріуси несуть майнову відповідальність, якщо необхідні пояснення не надаються. Консультації нотаріуса з усіх юридичних питань обов'язково повинні бути задокументовані. Нотаріус повинен об'єктивно, незалежно і неупереджено оцінювати угоду по відношенню до всіх учасників. При цьому він зобов'язується зберігати всі матеріали справи в таємниці. Також нотаріус складає проекти договорів відповідно до законодавства ФРН і дає юридичні консультації щодо договору. Він зачитує вголос Договір в присутності всіх відповідних сторін. Договір підписується всіма сторонами і скріплюється печаткою нотаріуса. При цьому нотаріус повинен переконатися, що всі учасники угоди, включаючи іноземних представників, які не володіють німецькою мовою, ознайомлені з текстом документа. Для цього запрошується перекладач [3].

Для німецької моделі характерна незначна активність нотаріуса на всіх етапах нотаріального процесу. Його робота зводиться до розробки відповідного акту і його подальшого посвідчення. Нотаріус не грає значної ролі при підготовці здійснення нотаріальної дії: проведенні консультацій, переговорів, здобутті необхідних документів і т. д.

Лише той адвокат може бути призначений нотаріусом, який до подачі заяви мінімум п'ять років мав доступ до адвокатської діяльності та мінімум три роки без перерви пропрацював за своєю основною професією адвоката у тому нотаріаті, де він хотів би стати нотаріусом. Допуск до посади нотаріуса є державним актом, який не може бути переданий до компетенції нотаріальної палати, оскільки нотаріуси призначаються земельним управлінням юстиції після заслуховування нотаріальної палати шляхом вручення свідоцтва про призначення на посаду. Свідоцтво має окреслювати сферу компетенції та офіційне розташування нотаріуса, а також містити дані про тривалість призначення. Нотаріус повинен працювати незалежно, тому він не може бути об'єднаний в асоціацію або спільний офіс з іншими професіями, наприклад адвокатами. Діяльність нотаріуса повинна перевірятись на її відповідність законодавству та процедурам. На це повинні бути уповноважені органи управління справами юстиції в якості установи службового нагляду (у ФРН такий нагляд здійснює президент відповідного суду землі). Орган службового нагляду не може самостійно оскаржувати дії з правового консультування або зміст документів, бо він не є фаховим наглядом, якщо тільки немає явних порушень закону [4, с. 140-145].

Відповідно до Федерального положення про нотаріат, професія нотаріуса не є комерційною діяльністю. Нотаріус зобов'язаний відмовлятись від будь-яких комерційних дій, зокрема, від агітацій, що суперечать офіційній посаді. З такого його становища витікають особливі обов'язки держави на законодавче визначення відповідної організації цієї діяльності. Повинні бути прийняті чіткі законодавчі процедурні передумови [5].

Так повинна призначатися саме така кількість нотаріусів, якої вимагає впорядкована, з урахуванням потреб населення, правова система. Цей принцип квотування повинен бути прив'язаний до принципу захисту території. У такий спосіб досягається прийнятий рівень забезпечення населення нотаріусами і їх нотаріальними послугами по всій території, а також і в сільських місцевостях. А, якщо поряд з цим ще й функціонує добре побудована система реєстрації, наприклад, прав на земельні ділянки, то немає обов'язкової потреби здійснювати нотаріальні дії відносно земельної ділянки саме там, де вона знаходиться [7].

Потреба у певній кількості нотаріусів перевіряється дослідженням співвідношення кількості нотаріальних дій і навантаження відповідного конкретного нотаріуса. Резерв повинен містити достатню кількість наступників для тих нотаріусів, які закінчують їх діяльність. У ФРН приблизно на 20000 населення припадає один нотаріус [9].

Принцип квотування та наявність округів забезпечують екзистенцію (існування) нотаріуса і таким чином його незалежність. Але необхідним є також прийняття законодавчого акта про нотаріальні збори для того, щоб уникнути конкуренції цін. Структура законодавчого документа про збори повинна забезпечити нотаріусу прийнятний рівень надходжень. Документ про збори також має функцію забезпечення соціального врівноваження між клієнтами, наприклад завдяки тому, щоб бідніші клієнти отримували б такі ж якісні нотаріальні послуги, навіть якщо вони неспроможні їх оплатити (таке положення характеризує принцип соціальної держави, що яскраво проявляється у ФРН) [4, с. 144-145].

Характеризуючи окремі вимоги щодо нотаріальної діяльності у ФРН, слід звернути увагу на один важливий аспект організації та функціонування нотаріату. Так, приватний нотаріус може бути функціональним тільки у випадку існування сильної інституції самоврядування у формі палати нотаріусів, якій держава передає повноваження щодо впорядкування нотаріату [6].

Відповідно до норм Федерального положення про нотаріат, нотаріальна палата – це сукупність об'єднаних у ній нотаріусів, вона повинна слідкувати за честю і гідністю своїх членів, сприяти дотриманню нотаріального права та піклуватись про сумлінне й добросовісне виконання професійних обов'язків нотаріусів та кандидатів на посаду нотаріуса [8].

Отже, дослідження міжнародного досвіду діяльності нотаріусів дає можливість вивчити позитивну практику зарубіжних країн, ознайомитися з законодавством Німеччини щодо організації та функціонування нотаріату.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ільїна Ю. П. Особливості правового статусу нотаріуса у деяких зарубіжних країнах / Ю. П. Ільїна // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція. – 2013. – № 5.
2. Бесчасний В. Нотаріат в Україні : навчальний посібник / В. М. Бесчасний. – К. : Знання, 2008. – 494 с.
3. Бондарєва М. Особливості організації системи нотаріальних органів у країнах латинського нотаріату / М. Бондарєва // Право України. – 2006. – № 4. – С. 146–149.
4. Гулєвська Г. Ю. Аналіз зарубіжного досвіду державного регулювання нотаріальною діяльністю та пріоритети запозичення в Україні / Г. Ю. Гулєвська // Підприємництво, господарство та право. – 2003. – № 7. – С. 57–61.
5. Дударев А. В. Роль и содержание деятельности Международного союза латинского нотариата (МСЛН) в современных условиях / А. В. Дударев, А. Х. Абашидзе // Государство и право. – 2001. – № 1.
6. Єфіменко Л. Реформа нотаріату – виклики сьогодення / Л. Єфіменко // Право України. – 2008. – № 8. – С. 110–114.
7. Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С. 140–146.
8. Федеральне положення про нотаріат зі змінами // Федеральний вісник Законів Німеччини. – 1981. – 7 серпня.
9. Німеччина : система нотаріату і правила оформлення прав власності на нерухомість [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.informjust.ua/text/716.

УДК 347. 921

ОСОБЛИВОСТІ ЗМІСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

FEATURES OF THE CONTENT OF CIVIL PROCEDURE LEGAL RELATIONSHIPS

Діденко Л.В.,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного
та господарського права і процесу
Міжнародний гуманітарний університет

У статті здійснено аналіз окремих видів цивільних процесуальних правовідносин. Автор відмічає, що зміст правовідносин складається із процесуальних дій, а процесуальні права та обов'язки є тільки формою правовідносин.

Ключові слова: правовідносини, цивільний процес, зміст правовідносин.

В статье осуществлен анализ отдельных видов гражданских процессуальных правоотношений. Автор отмечает, что содержание правоотношения состоит из процессуальных действий, а процессуальные права и обязанности являются только формой правоотношений.

Ключевые слова: правоотношения, гражданский процесс, содержание правоотношений.

In article the analysis of certain types of civil procedural legal relationships. The author notes that the legal content consists of procedural actions and procedural rights and duties are only a form of legal relations.

Of course, civil procedural legal relationships are procedural because they occur on the basis of the Code of Civil Procedure.

Civil legal proceedings are closely linked derivatives of substantive law, violation or contesting recognition which fall under civil jurisdiction and labeled in art. «The courts consider in civil proceedings the case of protection of violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests arising from civil, housing, land, family, labor relations and other relations, except when considering such cases conducted under the rules of another proceedings.

The law may provide for the consideration of other cases under the rules of civil procedure».

During the civil procedure regulation of social relations, the participants acquire rights and obligations in the future and determine the behavior of participants in existing relations between them.

Like any other social system of relationships established by the interaction between persons. In the relationship is the interaction of its members in accordance with the subjective rights and responsibilities that they have.

Members of civil legal proceedings take procedural rights and duties in the presence of complex circumstances, without which they will not.

Key words: legal relations, civil process, maintenance of relations.

Цивільні процесуальні правовідносини – це врегульовані цивільним процесуальним правом відносини, що складаються між судом і кожним з учасників цивільного процесу у зв'язку зі здійсненням правосуддя у цивільних справах, що становлять певну систему.

Поняття і суть цивільних процесуальних правових відносин є центральним питанням науки цивільного процесуального права. Не буде перебільшенням вважати, що розробка всіх основних інститутів процесуального права, як і дослідження теоретичних положень науки, не може бути успішно завершена без всебічного аналізу процесуальних відносин.

Досліджуючи цивільні процесуальні правовідносини, необхідно звернутися до загальнотеоретичних питань про види правовідносин. Відповідно до функцій права вони поділяються на регулятивні та охоронні. Регулятивні правовідносини виникають із фактів правомірної поведінки суб'єктів, яка відповідає нормам права. Охоронні правовідносини виникають із фактів неправомірної поведінки суб'єкта, яка вимагає певної реакції держави, пов'язаної з юридичною відповідальністю.

Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України), який є єдиним джерелом процесуальних правовідносин у процесі цивільного судочинства, містить як регулятивні норми, так і охоронні, тому цивільні процесуальні правовідносини можуть бути регулятивними (наприклад, ст. 157 ЦПК України «Строки розгляду справи») і охоронними (наприклад, ст. 152 ЦПК України «Види забезпечення позову»).

Правовідносини поділяються за характером обов'язку на правовідносини активного та пасивного типу. Правовідносини активного типу містять обов'язок здійснити певні дії на користь іншої сторони. У цивільних процесуальних правовідносинах до таких можна віднести відно-

сини, які регулюються статтями 23 «Заяви про самовідводи та відводи», 162 «Обов'язки осіб, присутніх у судовому засіданні», 219 «Виправлення описок та арифметичних помилок у судовому рішенні» ЦПК України тощо.

Правовідносини пасивного типу характеризуються обов'язком учасника процесу утриматися від небажаних для іншої сторони дій [1, с. 366]. До таких правовідносин можна віднести такі, що передбачаються ч. 5 ст. 53 ЦПК України: «Експерт не має права за власною ініціативою збирати матеріали для проведення експертизи; спілкуватися з особами, які беруть участь у справі, а також з іншими учасниками цивільного процесу, за винятком дій, пов'язаних з проведенням експертизи; розголошувати відомості, що стали йому відомі у зв'язку з проведенням експертизи, або повідомляти будь-кому, крім суду, про результати експертизи»; ч. 1 ст. 196 ЦПК України: «Під час ухвалення судового рішення ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який розглядає справу» та ін.

За ступенем визначеності суб'єктів цивільні процесуальні правовідносини розмежовуються на абсолютні та відносні. Абсолютні відносини – такі, у яких визначена тільки одна сторона – носій суб'єктивного права, а всі інші зобов'язані утримуватися від порушення цього права. У цивільному процесі такими правовідносинами є право відповідача визнати позов або заперечувати проти нього, інші учасники процесу такого права не мають (ст. 30 ЦПК України); тільки сторони можуть ухвалити мирову угоду (ст. 175 ЦПК України). Відносні правовідносини містять точно визначені права і обов'язки всіх учасників, як таких, що наділені правом (правомочних), так і правозобов'язаних (наприклад, ст. 10 ЦПК України «Змагальність сторін» зобов'язує кожну сторону доводити ті обставини, на які вони спираються, як на докази своїх прав відносно суті справи).

Безумовно, такі види правовідносин «у чистому виді» надзвичайно рідко зустрічаються у цивільному процесуальному праві, оскільки серед них поширені складні правовідносини, які мають ознаки тих чи інших правовідносин: пасивного і активного типу; відносні та абсолютні. Так, наприклад, І. О. Безлюдько, С. С. Бичкова, В. І. Бобрик вважають, що цивільні процесуальні правовідносини мають відносний, а не абсолютний характер, тому що у цивільних процесуальних правовідносинах конкретно відомий суб'єктний склад учасників, правовий статус кожного з них чітко визначений нормами ЦПК України [2, с. 31].

Безумовно, цивільні процесуальні правовідносини є відносинами процесуальними, тому що вони виникають на основі норм ЦПК України. Цивільні процесуальні правовідносини тісно пов'язані, похідні від норм матеріального права, порушення, невизнання або оспорювання яких підпадають під цивільно-правову юрисдикцію та позначені у ст. 15 ЦПК України: «Суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Законом може бути передбачено розгляд інших справ за правилами цивільного судочинства».

Наведений у ч. 1 цієї статті перелік правовідносин слід вважати не тільки приблизним, а й необмеженим. Отже, ця ознака не дозволяє чітко встановити компетенцію суду у порядку цивільного судочинства. Крім того, такі науковці, як С. Я. Фурса, С. В. Щербак, О. І. Євтушенко [3, с. 8-44] вважають, що серед позначених у переліку правовідносин слід виділяти адміністративні спори, незважаючи на те, що низку правовідносин, у яких однією зі сторін є адміністративний орган, розглядають суди за правилами, передбаченими Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України) [4].

Наприклад, коли постає питання про повноваження органів опіки та піклування, регламентовані Сімейним кодексом України (далі – СК України) [5], можна встановити, що вони мають адміністративний характер. Тому оскарження дій органу опіки і піклування має належати до компетенції адміністративного судочинства. Зокрема, у практиці вказаних авторів був випадок, коли орган опіки та піклування визнав доцільним спілкування батька та дитини, яке було перерване за ініціативою самого батька, і такий перерив тривав більше 5-ти років. Коли вирішувалося питання про можливість дитини, яка мала захворювання серця і нервової системи, бачитися з батьком, то орган опіки та піклування не взяв до уваги необхідність вирішувати це питання з урахуванням не тільки інтересів батька, а з урахуванням стану здоров'я та інтересів дитини. Тому таке рішення органу опіки і піклування було оскаржене, але ці відносини формально регламентовані СК України, хоча за своїм змістом належать до адміністративних [3, с. 87].

У теорії цивільного процесу питання про зміст правовідносин вирішується по-різному. Одні автори вважають, що зміст цивільних процесуальних відносин складають процесуальні дії суду та учасників процесу [6, с. 124]. Інші уявляють, що зміст правовідносин представляє собою права та обов'язки учасників процесу [7, с. 38]. Треті, синтезуючи ці дві крайні точки зору, дійшли до висновку, що змістом цивільних процесуальних правовідносин є суб'єктивні права та обов'язки учасників процесу, а також їх дії [8, с. 80].

Можна розглянути зміст цивільних правовідносин як права і обов'язки їх учасників. Суб'єктивне цивільно-процесуальне право є мірою дозволеної поведінки суб'єкта цивільно-процесуальних правовідносин. Це складне юридичне утворення, що має особистий зміст та складається з юридичних можливостей, які надані суб'єкту. Юридичні вимоги як складові частини змісту суб'єктивного цивільно-процесуального права мають назву правомożливостей.

За умов великого різноманіття суб'єктивних прав виділяють три основні можливості:

1) можливість вимагати, що складає можливість вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання покладених на нього обов'язків;

2) можливість на власні дії, що означає можливість самостійно здійснювати суб'єктом фактично та юридично значущі дії;

3) право на захист, а саме можливість виконання чи вимоги використання державно-примусових заходів у випадку порушення суб'єктивного права.

Суб'єктивний цивільно-правовий обов'язок – міра необхідної поведінки учасників цивільно-процесуальних правовідносин. Сутність обов'язків складається з необхідності здійснення суб'єктом вказаних дій чи утримання від будь-яких дій. У цивільно-правових правовідносинах існує два типи обов'язків – пасивний та активний.

Обов'язки пасивного типу утворюються цивільно-процесуальними заборонами та за своєю природою означають юридичну неможливість здійснення дій, що порушують інтереси правомочних суб'єктів.

Обов'язок активного типу містить вимогу до суб'єкта здійснити дію. Вимога, що міститься в обов'язку та складає його зміст, означає для зобов'язаного суб'єкта необхідність діяти в інтересах правомочного суб'єкта, тому що вона забезпечується санкцією за невиконання обов'язку.

Суб'єктивні права та обов'язки, що мають учасники цивільно-процесуальних правовідносин складають правову форму. Особливістю суб'єктивних цивільно-процесуальних прав та обов'язків є їх немайновий характер.

У процесі цивільно-процесуального регулювання суспільних відносин їх учасники набувають прав та

обов'язків, які у подальшому й обумовлюють поведінку учасників в рамках існуючих між ними правовідносин. У правовідносинах взаємодія його учасників проходить у відповідності до суб'єктивних прав та обов'язків, які вони мають. У науці цієї думки притримується більшість вчених, хоча існує інший погляд на зміст цивільних процесуальних правовідносин: їхній зміст складається із процесуальних дій, а процесуальні права та обов'язки – тільки форма правовідносин [9, с. 65].

Учасники цивільних процесуальних правовідносин набувають процесуальні права і обов'язки за наявності комплексу обставин, без яких вони не відбудуться.

ЛІТЕРАТУРА

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник : пер. з рос. / О. Ф. Скакун. – 2-ге вид. – Х. : КОНСУМ, 2005. – 656 с.
2. Бичкова С. С. Цивільне процесуальне право України : навчальний посібник / С. С. Бичкова. – К. : Атіка, 2006. – 384 с.
3. Фурса С. Я. Цивільний процес України. Проблеми і перспективи : науково-практичний посібник / С. Я. Фурса [та ін.] ; Центр правових досліджень Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2006. – 448 с.
4. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06 липня 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.
5. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
6. Букина В. С. Основные принципы гражданского процесса / В. С. Букина, М. К. Треушников. – М. : Юридическая литература, 2000.
7. Чорноченко С. І. Цивільний процес України : Навчальний посібник / С. І. Чорноченко. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 292 с.
8. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : Академічний курс / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – 624 с.
9. Чечина Н. А. Гражданские процессуальные правоотношения / Н. А. Чечина. – М. : Юристъ, 1996.

УДК 347.67

ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ В СПАДКОВИХ ВІДНОСИНАХ

PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS OF SPOUSES IN HEREDITARY RELATIONS

Донцов Д.Ю.,
здобувач кафедри цивільного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню захисту майнових прав та інтересів подружжя в спадкових відносинах. Проаналізовано судову практику та зроблено висновок, що одним з ускладнень, що можуть виникати під час реалізації спадкових прав тим з подружжя, хто пережив іншого, є невизначеність частки в спільному подружньому майні. Обґрунтовано висновок про доцільність розподілу (визначення) часток в спільному сумісному майні подружжя ще за життя обох з подружжя.

Ключові слова: спадкування подружжям, спадщина, спільна сумісна власність, частка в спільній сумісній власності, поділ майна подружжя.

Статья посвящена исследованию защиты имущественных прав и интересов супругов в наследственных отношениях. Проанализирована судебная практика и сделан вывод о том, что одним из препятствий, которые могут возникать во время реализации наследственных прав пережившим супругом, является неопределенность части в общем супружеском имуществе. Обоснован вывод о целесообразности выделения (определения) долей в общем совместном имуществе супругов еще при жизни обоих.

Ключевые слова: наследование супругами, наследство, общая совместимая собственность, доля в общей совместимой собственности, раздел имущества супругов.

The scientific article is devoted researching of a protection of property rights for the married couples is in the inherited relations.

Author specify, that the problems of probate law always interested scientists, but in most cases researchers in general do not decide on the features of inheritance of part in common joint property and its defense, and that is why actual is research of select aspect of range of problems.

An author specifies that difficulties arise up during determination of part in the inherited property, when part of testator is included in common property of the married couples, and other heirs begin to claim on this property.

The article show that the question of the division of property of the spouses causes difficulties in court practice, especially when it comes to property that has been acquired pursuant to Art. 74 Family Code of Ukraine.

Author pays aattention to the existence of a significant number of Supreme Court decisions, and the availability of the Constitutional Court of Ukraine concerning the legal regime of marital property, and its division.

In article analyzes to achieve the court practice of the Supreme Court of Ukraine about this category of cases. Based on the analysis of court practice the author concludes that the division of jointly acquired property of the spouses, is a complex, difficult issue that requires the judge maximum attention to every detail of the case.

Author note that if the problems existing when spouse are a live, after death one of a spouse dividing their property becomes more difficult, so chance of a court dispute resolution increases, as well as the more complicated the process of registration of rights to inheritance share.

The author draws attention to the fact that the loss of the title documents and/or a dispute between the heirs with respect to part of the inheritance, division of property of the testator and registration rights to it becomes the subject of court hearing. Author studies court practice and specifically that one of the complications that may arise during the implementation of the inheritance rights of the surviving spouse is the uncertainty in the general part of the marital property. That's why the most common category of legal cases in the inheritance relationships are cases of recognition of property rights in the inheritance with the definition of parts in a jointly acquired during the life of the property. At the same time the court is carried out verification of the parties' submissions regarding the possible exception of certain assets of the hereditary mass through its membership in the private property of one spouse.

The right to the division jointly acquired property (Art. 367 Civil Code of Ukraine, art. 69 Family Code of Ukraine) does not affect the marriage, does not determine its divorce, but because of its realization in life simplifies the determination of the composition of the ancestral property and its legal regime.

Uncertainty part in jointly acquired property of the spouses does not rule in the case of death of one of them, it is the property of the hereditary mass, however, complicates the procedure of registration of rights to it.

Key words: inheritance by the married couples, inheritance, common compatible property, stake in common compatible property, division of property of the married couples.

Традиційно захист будь-якого цивільного права розглядається в різних аспектах: з позиції його природи, особливостей реалізації, ефективності форм, в матеріальному та процесуальному сенсі тощо. Для всіх правовідносин, що виникають у сфері приватного права, характерним є спосіб захисту, який враховує специфіку спірного правовідношення та досягає свого максимального ефекту з точки зору поновлення порушених, оспорених або невизнаних прав та інтересів.

Після проведення в Україні кодифікації та прийняття Цивільного кодексу України, цивільно-правове регулювання багатьох відносин здійснюється з врахуванням практичних потреб цивільного обігу, який стрімко збільшується. Значна увага законодавця була приділена як загальним, так і спеціальним способам захисту цивільних прав та інтересів. Разом з тим, якщо йдеться про спадкові відносини, особливо про захист прав того з подружжя, який пережив іншого, чоловіка або жінки, які проживали разом однією сім'єю без реєстрації шлюбу, після смерті одного з них, аналіз судової практики свідчить про низку труднощів, що виникають при реалізації вказаними особами спадкових прав. В свою чергу, наведене обумовлює необхідність більш детального дослідження цього аспекту спадкування подружжя.

Метою статті є дослідження процедури спадкування частки в спільному майні подружжя, а також цивільно-правових способів захисту майнових прав подружжя в спадкових правовідносинах.

В якості базового метода запланованого дослідження обрано системно-функціональний метод.

Проблеми спадкового права завжди цікавили науковців. При цьому особливості спадкування окремих видів майна в контексті оновленого цивільного та спадкового законодавства, в тому числі частки в праві спільній сумісній власності подружжя, досліджувались І. В. Спасибо-Фатєєвою, Л. К. Буркацьким, Є. О. Рябоконь, О. Є. Кухарєвим та ін. Разом з тим, стан вивчення проблематики не можна визнати задовільним, оскільки аналіз судової практики свідчить про скасування багатьох прийнятих з цієї категорії справ рішень. Суддя, якщо звернеться до навчальної літератури, встановить, що в більшості випадків автори взагалі не зупиняються на особливостях спадкування частки в спільній сумісній власності та її захисту. В окремих випадках питання спадкування частки у спільній сумісній власності подружжя розглядалось як частина питання про спадкування окремих майнових прав [1, с. 65-67; 2, с. 62; 3, с. 319]. При цьому питанню цивільно-правового захисту як в цілому, так і щодо окремих інститутів, суб'єктивних прав та інтересів приділена значна увага науковців. Разом з тим, якщо йдеться про особливість здійснення захисту в спадкових правовідносинах, то лише в профільному дослідженні колективу харківських дослідників зверталася увага на їхню особливість [4, с. 397; 5].

Виникнення спадкових відносин пов'язується зі смертю спадкодавця та відкриттям спадщини. Як слушно зазначалось у літературі, здійснення спадкових прав має свої особливості, які зумовлені виключними за своїм характером юридичними фактами, з безумовною наявністю яких і виникають як такі суб'єктивні спадкові права, а саме: а) відкриття спадщини; б) наявність спадкового майна; в) здатність особи виступити спадкоємцем; г) прийняття спадщини особою, яка виступає спадкоємцем [6, с. 12-15].

Безумовно, вказані суб'єкти мають можливість користуватися тими ж способами захисту, що і учасники інших цивільних правовідносин, але для ефективного захисту цього не достатньо. Наприклад, до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК України). Зокрема, труднощі виникають під час визначення частки в спадковому майні, коли частка спадкодавця входить в спільну власність подружжя, а потім інші спадкоємці починають претендувати на це майно. Окремо слід зауважити, що взагалі питання про поділ майна викликало труднощі в судовій практиці, особливо коли мова йде про майно, набуте в порядку ст. 74 СК України. Зокрема, спори про поділ майна були неодноразово предметом перегляду Верховним Судом України, а також Конституційним Судом України (в межах провадження за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 СК України по справі № 17-рп/2012). Окремі актуальні питання судового захисту в спадкових відносинах знайшли своє вирішення в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7 та у Листі Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» від 16 травня 2013 року № 24-753/0/4-13.

Оскільки власне питання про особливості поділу майна між подружжям не є самостійною ціллю цього дослідження, зазначимо, що в судовій практиці за останні роки було вирішено декілька принципових питань щодо застосування окремих норм СК України та висловлено низку принципових для правозастосування правових позицій, які є обов'язковими для всіх суб'єктів правозастосування. Так, Верховним Судом України було визначено особливості поділу майна фізичної особи-підприємця (Постанови Верховного Суду України від 11 березня 2015 року у справі № 6-21цс15, від 16 грудня 2015 року у справі № 6-1109цс15), зокрема вказано, що майно фізичної особи-підприємця може бути об'єктом спільної сумісної власності подружжя і предметом поділу між ними з урахуванням загальних вимог законодавства щодо критеріїв визначення спільного майна подружжя та способів поділу його між ними; підкреслено, що сам по собі факт придбання спірного майна в період шлюбу не є безумовною підставою для віднесення такого майна до об'єктів права спільної сумісної власності подружжя; визначено, що під час вирішення спору щодо поділу майна, набутого особами, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі між собою, слід установити не лише факт спільного проживання сторін у справі, а й обставини придбання спірного майна внаслідок спільної праці (Постанова Верховного Суду України від 23 вересня 2015 року у справі № 6-1026цс15) тощо. Зауважимо, що під час розгляду вказаної категорії справ Верховним Судом України було вирішено питання навіть щодо застосування норм процесуального права (Постанова Верховного Суду України від 22 квітня 2015 року у справі № 6-79 цс15).

Власно кажучи, кількість постанов Верховного Суду України з цього приводу вже красномовно свідчить про те, що поділ спільно набутого майна подружжям є питанням комплексним, складним, та потребує від судді максимальної уваги до кожної деталі справи. Не важко уявити, що, якщо спір щодо поділу майна виникає після смерті одного з подружжя, або особи, яка проживала з іншою особою без реєстрації шлюбу, цей спір буде ще більш запеклим, брудним та складним, ніж звичайний поділ майна. Наприклад, якщо смерть одного з подружжя наступила під час поділу спільного майна, а спадкування здійснюють діти від різних шлюбів спадкодавця, то можливе не співпадіння процесуальних позицій між самими спадкоємцями в частині визначення обсягу подружнього майна, що, в свою чергу, матиме наслідком ускладнення його поділу.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 року № 7 «Про судову практику у справах про спадкування» роз'яснено, що частка померлого співвласника не може бути змінена за рішенням суду. Для оформлення права на спадщину закон не вимагає рішення суду про визначення частки спадкодавця. Аналогічні роз'яснення містяться і у Листі Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

від 16 травня 2013 року № 24-753/0/4 «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування», де зазначено, що відповідно до ст. 1226 ЦК України, частка у праві спільної сумісної власності спадкується на загальних підставах. Суб'єкт права спільної сумісної власності має право заповідати свою частку у праві спільної сумісної власності до її визначення та виділу в натурі.

Разом з тим, спадкоємець може вважати, що певне майно, яке належало іншому з подружжя, за час шлюбу істотно збільшилося у своїй вартості внаслідок спільних трудових чи грошових затрат, або затрат другого з подружжя – спадкодавця. Він може вимагати поділу спадкового майна в іншому порядку. Такі судові справи достатньо часто зустрічаються в судовій практиці [7; 8].

Згідно з п. 4.21 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, при оформленні спадщини як за законом, так і за заповітом нотаріус у випадках, коли із документа, що посвідчує право власності, вбачається, що майно може бути спільною сумісною власністю подружжя, повинен з'ясувати, чи є у спадкодавця той з подружжя, який його пережив, і який має право на – 1/2 частку в спільному майні подружжя. За наявності другого з подружжя нотаріус видає йому свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя. Видача свідоцтва про право на спадщину спадкоємцям, які прийняли спадщину, строком не обмежена, що в свою чергу загострює проблему зловживання правами спадкоємцями, які таким чином можуть уникати відповідальності перед кредитором спадкодавця.

Між тим, у зв'язку із втратою правоустановчих документів та/або спору між спадкоємцями щодо часток у спадщині, поділ майна спадкодавця та оформлення прав на нього стає предметом судового розгляду. Слід зауважити, що питання захисту інтересів спадкоємця є найбільш актуальним для нерухомого майна, оскільки за загальним правилом право власності на нього виникає лише після реєстрації прав на нього. У зв'язку із наведеним перед судами виникло питання про статус спадкоємця при здійсненні ним цивільно-правового захисту. Так, Верховний Суд України у своїй Постанові від 22 квітня 2015 року у справі № 6-164цс12 вказав, що у спадкоємця, який у встановленому законом порядку прийняв спадщину, права володіння та користування спадковим майном виникають з часу відкриття спадщини. Такий спадкоємець може захищати свої порушені права володіння та користування спадковим майном відповідно до глави 29 ЦК України. Якщо у складі спадщини, яку прийняв спадкоємець, є нерухоме майно, право розпорядження нерухомим майном виникає в нього з моменту державної реєстрації цього майна (ч. 2 ст. 1299 ЦК України). Спадкоємець, який прийняв у спадщину нерухоме майно, ще до його державної реєстрації має право витребувати це майно від його добросовісного набувача з підстав, передбачених ст. 388 ЦК України, зокрема у разі, якщо воно вибуло з володіння спадкодавця поза волею останнього.

Проведений аналіз судової практики свідчить, що одним з ускладнень, що можуть виникати під час реалізації спадкових прав тим з подружжя, хто пережив іншого, є невизначеність частки в спільному подружньому майні. Саме тому найбільш розповсюдженими категоріями судових спорів в спадкових відносинах є визнання права власності в порядку спадкування з визначенням часток у спільно набутому за життя майні. При цьому судом здійснюється перевірка доводів сторін щодо можливого виключення певного майна зі спадкової маси через належність його до приватної власності одного з подружжя.

Право на поділ спільно набутого майна (ст. 367 ЦК України, ст. 69 СК України) не впливає на шлюб, не обумовлює його розірвання, а тому його реалізація за життя спрощує визначення складу спадкового майна та його правовий режим. Невизначеність частки в спільно набутому майні подружжя не виключає у разі смерті одного з них це майно зі спадкової маси, проте ускладнює процедуру оформлення права на нього. У разі наявності спору щодо розміру частки та/або відсутності правоустановчих документів на спадкове майно, цей спір може бути вирішений в судовому порядку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Буркацький Л. К. Спадкове право України : теорія, коментарі, практика, зразки заяв : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів /Л. К. Буркацький. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – 384 с.

2. Кухарєв О. Є. Спадкове право України : навчальний посібник / О. Є. Кухарєв. – К. : Алерта, 2013. – 328 с.

3. Рябоконь Є. О.Спадкове право : навчальний посібник / Ю. О. Заіка, Є. О. Рябоконь / за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 352 с.

4. Харьковская цивилистическая школа : защита субъективных гражданских прав и интересов : монографія / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2014. – 672 с.

5. Харьковская цивилистическая школа : грани наследственного права : монографія / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др. ; под. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2016. – 608 с.

6. Заіка Ю. О. Особливості здійснення суб'єктивних спадкових прав / Ю. О. Заіка // Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : збірник наукових праць / НАПрН України, НДІ приватного права і підприємництва [за наук. ред. В. В. Луця]. – К. : Право України, 2013. – 236 с.

7. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України від 03 лютого 2016 року №6-30747ск15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www. reyestr.court.gov.ua/Review/56062407.

8. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України від 28 січня 2016 року № 6-36692ск15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www. reyestr.court.gov.ua/Review/55382413.

УДК 347.233

ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ВЛАСНИКАМИ ЖИТЛОВИХ ТА НЕЖИТЛОВИХ ПРИМІЩЕНЬ БАГАТОКВАРТИРНИХ БУДИНКІВ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНОЇ РЕФОРМИ: НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF THE RIGHT OF PROPERTY BY OWNERS OF RESIDENTIAL AND NON-RESIDENTIAL PREMISES OF APARTMENT BUILDINGS IN THE CONTEXT OF MODERN HOUSING REFORM: NORMATIVE LEGAL ANALISYS

Дьордяй В.П.,
студентка юридичного факультету

Бєлов Д.М.,
д.ю.н., професор кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства юридичного факультету
Ужгородський національний університет

У науковій статті визначено особливості правового регулювання здійснення права власності власниками житлових та нежитлових приміщень багатоквартирних будинків в умовах сучасної стратегії децентралізації влади та впровадження житлово-комунальної реформи в Україні. Автором проаналізовано норми вітчизняного законодавства, що регулюють питання здійснення управління такими об'єктами, їх утримання та обслуговування, проаналізовано окремі особливості форм управління відповідними багатоквартирними будинками, що передбачені законодавством України. Проведено порівняльно-правовий аналіз норм вітчизняного та зарубіжного законодавства щодо управління, утримання та обслуговування житлових будинків, акцентовано увагу на окремих проблемах законодавчого регулювання питань здійснення такого управління, запропоновано шляхи їх вирішення.

Ключові слова: право власності, багатоквартирний будинок, управління, обслуговування, житловий фонд.

В научной статье определены особенности правового регулирования осуществления права собственности собственниками жилых и нежилых помещений многоквартирных домов в условиях современной стратегии децентрализации власти и внедрения жилищно-коммунальной реформы в Украине. Автором проанализированы нормы отечественного законодательства, регулирующие вопросы осуществления управления такими объектами, их содержание и обслуживание, проанализированы отдельные особенности форм управления соответствующими многоквартирными домами, которые предусмотрены законодательством Украины. Автором проведен сравнительно-правовой анализ норм отечественного и зарубежного законодательства по управлению, содержанию и обслуживанию жилых домов, акцентировано внимание на отдельных проблемах законодательного регулирования вопросов осуществления такого управления, предложены пути их решения.

Ключевые слова: право собственности, многоквартирный дом, управление, обслуживание, жилой фонд.

The peculiarities of legal regulation of the right of property by owners of residential and non-residential premises of apartment buildings in the context of modern housing reform and decentralization of power in Ukraine have been identified in the proposed scientific article.

The author analyzes the norms of national legislation related to the management of apartment buildings, their maintenance and service. Individual peculiarities of the ways of management of such facilities provided by the legislation of Ukraine have been analyzed, namely: 1) apartment building management by residents, 2) management of apartment buildings by means of creation of condominiums, 3) management of such property by the manager appointed by respective local self-government authority. Their advantages and disadvantages have been analyzed and ways of improving corresponding legal regulations have been offered.

The author has also conducted a comparative analysis of the legal norms of domestic and foreign legislation on the management and maintenance of apartment buildings, outlined the main directions of European integration of the national legislation on housing and communal services.

Separately the author investigated the peculiarities of the legal status of condominium associations as non-profit organizations, their problems and limitations of operation, namely, the procedure of establishment of condominiums and order of their registration, establishment and operation of condominium management body, record-keeping and accounting in accordance with the law, drafting and approving the budget as the main financial plan of the condominium, drafting and presentation of financial statements, decision-making process, dealing with the property of the condominium, creation of maintenance and reserve funds, the procedure of condominium liquidation, etc. In addition, a number of problems including the determination of type, amount and frequency of payments aimed for the maintenance and management of apartment buildings and their adjoining areas, the problem of calculation of subsidies, balance keeping and storage of technical documentation for the appropriate apartment building have been analyzed, and solutions to some of them have been offered.

The role and participation of local authorities in the establishment and operation of respective condominiums, their coordination and financial support; housing development of villages, towns and cities; involvement of managers on a competitive basis have also been identified in the article.

Key words: right of ownership, apartment building, management, maintenance, housing facilities.

За останні роки у системі ЖКГ України накопичилося багато проблем, які потребують вирішення. Несвоєчасне вживання відповідних заходів призводить до погіршення стану житлового фонду, а також до зниження якості житлово-комунального обслуговування населення і збільшення видатків з державного та місцевих бюджетів. Всі ці проблеми в комплексі є однією з причин неможливості нормального здійснення свого права власності власниками житлових та нежитлових приміщень багатоквартирних будинків в Україні, адже технічний стан таких будинків впливає на формування вартості їх житла і, навіть, його придатність до проживання.

Проблеми реформування галузі ЖКГ України розглядаються у наукових дослідженнях багатьох вітчизняних авторів, таких як: О. Димченко, В. Димченко, В. Княжеченко, О. Славута, Т. Юр'єва, Д. Юдіна, Б. Удовиченко, М. Цатурян, М. Волосевич та ін. В останні кілька років державна і місцева влада почали приділяти багато уваги питанням, пов'язаним з реформуванням житлово-комунальної сфери. Проте очікуваних результатів домогтися поки що не вдалось.

В умовах сьогодення майже всі галузі економіки України перебувають в кризовому стані і потребують реформ, зокрема, й система ЖКГ. Його реформа в Україні назріла

так само, як і модернізація правоохоронних органів або системи охорони здоров'я. Власне, це ті сфери, з якими українці стикаються щодня, але реформи в житловому секторі завжди відкладалися до кращих часів.

За офіційними даними Державної служби статистики України, станом на 01 січня 2015 року житловий фонд України склав 966,1 млн м^2, що на 100,5 млн м^2 менше, ніж у попередньому році (дане зменшення відбулось за рахунок виключення з розрахунку АРК) [1]. Зношеність житлового фонду щороку зростає, і для уникнення його повної руйнації потрібне вчасне та повне проведення поточних і капітальних ремонтів, вартість яких подекуди сягає мільйонів гривень. Але за роки української незалежності наша держава не поспішала брати на себе зайву відповідальність. Результат усі ми можемо бачити на власні очі. Більш ніж за 20 років житловий фонд України набув жалюгідного стану, і відкладати реформи далі вже не можна.

Перш за все, необхідно згадати, чому Україна опинилася в нинішній ситуації. Ставши незалежною державою, Україна отримала величезний масив державної житлової нерухомості. Але для своїх громадян вона обрала найпростіший шлях – безкоштовну приватизацію житла особами, які в ньому мешкають. Тому, якщо, зазвичай, вважається, що реформи бувають непростими, то приватизація житла у 1990-х роках – яскравий приклад спростування цієї тези. Важко згадати більш популярну реформу, ніж ця. Але, зробивши перший крок, Україна зупинилася в подальшому реформуванні ЖКГ, незважаючи на всі проблеми, що виникали потім.

Якщо ж в Україні не поспішали з реформами, в тому числі – у сфері ЖКГ, то, наприклад, в Польщі зміни були проведені дуже швидко. Реформи у житловому секторі почалися з 1995 року, і були проведені протягом 4-5 років. Зараз 71% квартир в Польщі знаходяться у власності фізичних осіб, ще 19% квартир організовані в кооперативи. Схожа ситуація склалася і в інших європейських країнах. Їх переважна більшість ухвалили рішення про обов'язкове створення спільноти (у вигляді асоціації власників або кондомініуму) [2].

Що ж до України, то, з одного боку, українська приватизація була оптимальною – мешканці отримали у свою власність не лише квартири, а й усе інше, що є в їхньому будинку. Іншими словами, всі мешканці приватизованих квартир у будинку спільно володіють його підвалом, дахом, ліфтами, а також всіма системами опалення та каналізації.

Але на практиці ми бачимо, як будинки досить часто ще утримуються на балансі міст (або на балансах муніципальних комунальних підприємств), що, по суті, є протизаконним. На утримання та обслуговування таких багатоквартирних будинків їх мешканцями всі ці роки сплачуються відповідні комунальні платежі, проте всі ці кошти не використовуються за їх цільовим призначенням. Майже 80% з них витрачаються на утримання всього адміністративного апарату таких комунальних підприємств, тому стан житлового фонду України в такому занедбаному стані.

Для вирішення цієї проблеми в Україні було запроваджено низку позицій житлово-комунальної реформи. 01 липня 2015 року набрав чинності Закон України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», що визначає особливості здійснення права власності у багатоквартирних будинках, регулює правові, організаційні та економічні відносини, пов'язані з реалізацією прав та виконанням обов'язків співвласниками багатоквартирних будинків щодо їх утримання та управління. Ним передбачені дві форми такого управління: прийняття рішення про передання співвласниками усіх або частини функцій з управління багатоквартирним будинком управителю або ж всіх функцій з управління багатоквартирним будинком – об'єднанню співвласників багатоквартирного будинку (асоціації об'єднань співвласників багатоквартирного будинку) [3]. Але прикінцевими та перехідними положеннями цього Закону передбачено, що, у разі, якщо протягом 1 року з дати набрання чинності таким законом співвласники багатоквартирного будинку, в якому не створено об'єднання співвласників, не прийняли рішення про форму управління багатоквартирним будинком, управління таким будинком здійснюється управителем, який призначається на конкурсних засадах виконавчим органом місцевої ради, на території якої розташований відповідний багатоквартирний будинок. Отже, у співвласників всіх багатоквартирних будинків є можливість обирати лише з 3 варіантів:

1) призначити управителя своїм багатоквартирним будинком самостійно – рішенням загальних зборів;

2) створити об'єднання співвласників багатоквартирного будинку (асоціацію об'єднань);

3) оплачувати послуги управителя, що призначатиметься виконавчим органом відповідної місцевої ради після 01 липня 2016 року.

За першого варіанту, співвласники відповідного багатоквартирного будинку повинні прийняти рішення щодо управління власним будинком управителем на загальних зборах співвласників. До повноважень зборів співвласників належить прийняття рішень з усіх питань управління багатоквартирним будинком, у тому числі про розпорядження спільним майном багатоквартирного будинку, встановлення, зміну та скасування обмежень щодо користування ним; визначення управителя та його відкликання, затвердження та зміна умов договору з управителем; обрання уповноваженої особи (осіб) співвласників під час укладання, внесення змін та розірвання договору з управителем, здійснення контролю за його виконанням; визначення повноважень управителя щодо управління багатоквартирним будинком; проведення поточного і капітального ремонтів, реконструкції, реставрації, технічного переоснащення спільного майна багатоквартирного будинку та визначення підрядників для виконання таких робіт; визначення дати та місця проведення наступних зборів співвласників; визначення переліку та розміру витрат на управління багатоквартирним будинком [3].

Повідомлення про проведення таких зборів не пізніше, ніж за 10 днів до дати проведення зборів надсилається у письмовій формі кожному співвласникові під розписку або шляхом поштового відправлення рекомендованим листом на адресу квартири або нежитлового приміщення, що належить співвласнику в цьому багатоквартирному будинку, а також має бути розміщено у загальнодоступному місці при вході до кожного під'їзду багатоквартирного будинку [3].

Рішення вважається прийнятим зборами співвласників, якщо за нього проголосували власники квартир та нежитлових приміщень, площа яких разом перевищує 75% загальної площі всіх квартир та нежитлових приміщень багатоквартирного будинку, крім рішень з питань визначення управителя та його відкликання, затвердження та зміни умов договору з управителем , а також обрання уповноваженої особи (осіб) співвласників під час укладання, внесення змін та розірвання договору з управителем, здійснення контролю за його виконанням, які вважаються прийнятими зборами співвласників, якщо за них проголосували власники квартир та нежитлових приміщень, площа яких разом перевищує 50% загальної площі всіх квартир та нежитлових приміщень багатоквартирного будинку [3].

Протокол відповідних зборів співвласників передається на зберігання до органу місцевого самоврядування на відповідній території та підлягає опублікування на його офіційному веб-сайті. Відповідний порядок зберігання виконавчими комітетами сільських, селищних, міських рад протоколів зборів співвласників та розміщення ними на офіційному веб-сайті інформації про рішення, прийняті такими зборами, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

За другого варіанту, управління багатоквартирним будинком його мешканцями здійснюється за допомогою створення окремої юридичної особи – об'єднання співвлас-

ників багатоквартирного будинку, що є неприбутковою організацією. Основна діяльність такого об'єднання полягає у здійсненні функцій, що забезпечують реалізацію прав співвласників на володіння та користування спільним майном співвласників, належне утримання багатоквартирного будинку та прибудинкової території, сприяння співвласникам в отриманні житлово-комунальних та інших послуг належної якості за обґрунтованими цінами та виконання ними своїх зобов'язань, пов'язаних з діяльністю об'єднання [4].

Як і в першому випадку, рішення про обрання відповідної форми управління багатоквартирним будинком приймається зборами співвласників такого багатоквартирного будинку. Такі збори є установчими зборами щодо створення об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, на яких повинні вирішуватися питання про створення об'єднання, затвердження його назви та статуту, обрання органів управління тощо. Але під час його створення можуть виникати багато проблем.

По-перше, об'єднання може бути створене лише власниками квартир та нежитлових приміщень у багатоквартирному будинку. Часто замість таких власників рішення приймаються орендарями їх житлових чи нежитлових приміщень, що ставить під сумнів правомірність таких рішень. Така ж проблема виникає й при скликанні установчих зборів, коли до ініціативної групи по створенню об'єднання (вона повинна складатися не менш як з 3 власників квартир або нежилих приміщень) теж входять не власники. В такому випадку під сумнівом опиняється й скликання установчих зборів, а не тільки прийняті ними рішення.

По-друге, повідомлення про проведення установчих зборів направляється ініціативною групою не менше, ніж за 14 днів до дати проведення установчих зборів. Повідомлення направляється в письмовій формі і вручається кожному співвласнику під розписку або шляхом поштового відправлення (рекомендованим листом). У повідомленні про проведення установчих зборів зазначається, з чиєї ініціативи скликаються збори, місце і час проведення, проект порядку денного [4]. На цьому етапі виникає проблема щодо визначення всіх співвласників житлових та нежитлових приміщень багатоквартирного будинку, адже жодного законного способу для отримання ініціативною групою відомостей щодо таких власників та їхньої кількості українським законодавством не передбачено.

Ще однією колізією в українському законодавстві є положення про обрання на установчих зборах тільки правління об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, а обрання його голови належить вже до компетенції правління. Дане положення не узгоджується з правилами державної реєстрації таких об'єднань, під час якої керівник юридичної особи (голова правління або призначений директор) вже повинен бути визначений. Правління ж не може обрати такого голову, доки об'єднання не зареєстроване належним чином, адже не має відповідних повноважень. Тому, зазвичай, під час проведення установчих зборів об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, співвласниками обирається й голова правління об'єднання.

Щодо діяльності об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, то Законом України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» не передбачено ніяких винятків чи особливостей такої діяльності порівняно з іншими юридичними особами. Ведення бухгалтерського обліку, діловодства та подання відповідної фінансової звітності є обов'язковим і повинне відповідати всім вимогам українського законодавства. Теж саме стосується й затвердження кошторису – головного фінансового плану діяльності об'єднання, тільки в межах якого можуть використовуватися кошти, що сплачуються співвласниками для утримання, обслуговування і експлуатації відповідного багатоквартирного будинку та його прибудинкової території. Також щодо використання таких коштів Податковим кодексом України передбачаються наступні обмеження:

1) забороняється розподіл отриманих об'єднанням доходів або їх частини серед співвласників, працівників об'єднання (крім оплати їхньої праці, нарахування єдиного соціального внеску), членів органів управління та інших осіб;

2) доходи (прибутки) об'єднання використовуються виключно для фінансування видатків на утримання, ремонт та обслуговування будинку та його прибудинкової території, реалізації мети (цілей, завдань) та напрямів діяльності об'єднання, визначених його статутом [5].

Якщо ж в багатоквартирному будинку необхідно проводити капітальний ремонт або ж утеплення, то для цього необхідне створення спеціального ремонтного фонду, в якому обліковуватимуться витрачені кошти на такий ремонт.

Що ж до третьої форми управління багатоквартирними будинками, то вона не відрізняється від першої. Але у цьому випадку, договір з таким управителем підписується уповноваженою особою органу місцевого самоврядування на конкурсних засадах. Таким управителем, за законодавством, може бути фізична особа-підприємець або юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка за договором повинна забезпечити належне утримання та ремонт спільного майна багатоквартирного будинку і прибудинкової території та належні умови проживання і задоволення господарсько-побутових потреб співвласників відповідного багатоквартирного будинку [3]. Недоліком такої форми управління є те, що власники житлових та нежитлових приміщень таких багатоквартирних будинків по-суті не приймають участі ані в управлінні своїм будинком, ані у вирішенні інших питань, пов'язаних з ним. Їхнім обов'язком є оплата наданих управителем послуг щодо утримання багатоквартирного будинку та його прибудинкової території. Тому особливого впливу на управління будинком чи використання сплачених ними коштів вони не мають.

Реформування системи ЖКГ в Україні є вкрай необхідним та економічно вигідним: це дозволить економити бюджетні кошти та покращити стан об'єктів житлового фонду. Але на сьогодні ще не вирішено низки проблемних питань, пов'язаних з утриманням та управлінням житлового фонду. Існує багато законодавчих прогалин щодо такого управління, створення відповідних об'єднань співвласників, а також проблем у реалізації свого права власності власниками житлових та нежитлових приміщень багатоквартирних будинків. Їхнє вирішення, в першу чергу, залежить від створення належної нормативно-правової бази, яка б детально регламентувала діяльність щодо управління й утримання багатоквартирних будинків в Україні. Також необхідне залучення великої кількості інвестицій у приведення об'єктів житлового фонду України до європейських стандартів, в яких усі мешканці могли б відчути себе справжніми європейцями.

ЛІТЕРАТУРА

1. Офіційний сайт Державної служби статистики України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/

2. Гжегож Г. Комунальна реформа. Україна на роздоріжжі – між європейським і російським шляхами / Г. Гжегож [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.eurointegration.com.ua/articles/2015/06/30/7035260/

3. Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку : Закон України від 14 травня 2015 року № 417-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/417-19

4. Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку : Закон України від 29 листопада 2001 року № 2866-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2866-14/page2

5. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2012 року № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17

УДК 347.1

ЗВІЛЬНЕННЯ БОРЖНИКА ВІД ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У РАЗІ НЕМОЖЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

DEBTOR'S RELEASE FROM LIABILITY IN THE CASE OF IMPOSSIBILITY OF PERFORMANCE OF THE CONTRACTUAL OBLIGATION

Мельник О.О.,
здобувач кафедри цивільного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті охарактеризовані загальні положення про підстави звільнення від відповідальності за порушення зобов'язань у цивільному праві України, поняття звільнення від відповідальності за порушення зобов'язань, а також поняття та види неможливості виконання зобов'язання у цивільному праві України.

Значну увагу приділено розмежуванню наслідків неможливості виконання та дії обставин форс-мажору. Проаналізовані концепції про неможливість виконання зобов'язання у цивільному праві зарубіжних країн, концепції неможливості виконання зобов'язання у цивільному праві України.

На підставі проведеного дослідження запропоновані зміни до цивільного законодавства України.

Ключові слова: зобов'язання, цивільно-правова відповідальність, підстави звільнення від відповідальності, припинення зобов'язань, неможливість виконання, форс-мажор, непереборна сила, випадок.

В статье охарактеризованы общие положения об основаниях освобождения от ответственности за нарушение обязательств в гражданском праве Украины, понятие освобождения от ответственности за нарушение обязательств, а также определены понятие и виды невозможности выполнения обязательств в гражданском праве Украины.

Значительное внимание уделено разграничению последствий невозможности выполнения и действия обстоятельств форс-мажора. Проанализированы концепции о невозможности исполнения обязательства в гражданском праве зарубежных стран, концепции невозможности исполнения обязательства в гражданском праве Украины.

На основании проведенного исследования предложены изменения в гражданское законодательство Украины.

Ключевые слова: обязательства, гражданско-правовая ответственность, основания освобождения от ответственности, прекращение обязательств, невозможность исполнения, форс-мажор, непреодолимая сила, случай.

The article describes the general provisions about the grounds for release from liability for the breach of obligations in the civil law of Ukraine, in particular, the concept and the grounds for the release from liability, as well as the concept and types of impossibility of performance in the civil law of Ukraine were defined.

Also in the article the concept and the grounds for exemption from contractual liability, the content category of «impossibility of performance» in the civil law of Ukraine and laws of some foreign countries, and also the prospects of improvement of civil legislation of Ukraine concerning the grounds for exemption from liability.

Indicated that of force majeure does not always terminate the obligation, but only exempt from liability for its failure.

Considerable attention is paid to delimitation of the consequences of impossibility of performance and actions of force majeure. It is analyzed the concept of impossibility of performance of the obligation in civil law of foreign countries, the concept of impossibility of performance of the obligation in civil law of Ukraine.

Based on the study changes to the civil legislation of Ukraine were proposed.

Key words: obligations, civil liability, grounds for the release from liability, termination of obligations, impossibility of performance, force majeure, casus.

Цивільно-правова відповідальність як одна із основних категорій цивільного права у різних аспектах завжди виступала предметом досліджень науковців. У Цивільному кодексі України [1] (далі – ЦК України) відсутнє визначення поняття відповідальності за порушення зобов'язання. У ст. 611 ЦК України використовується поняття «правові наслідки порушення зобов'язання», однак не уточнюється, які із перелічених наслідків належать до категорії відповідальності. У Господарському кодексі України [2] (далі – ГК України) всі правові наслідки порушення зобов'язання називаються господарськими санкціями та відносяться до відповідальності. Цивільним законодавством (абз. 1 ч. 1 ст. 617 ЦК України) передбачені обставини, наявність яких звільняє боржника від відповідальності за порушення зобов'язання, однак не визначено чи є цей перелік вичерпним.

На сьогодні цивільне законодавство України у питаннях звільнення від відповідальності за порушення договору не є досконалим. Недостатність правового регулювання проявляється, зокрема, у відсутності чіткої регламентації підстав звільнення від договірної відповідальності, при здійсненні суб'єктами підприємницької діяльності, а також у відсутності правового регулювання звільнення від відповідальності за окремими видами договірних зобов'язань. Особливо важливо визначити у законодавстві наслідки неможливості виконання договірних зобов'язань суб'єктами підприємницької діяльності. Неможливість виконання як наслідок дії форс-мажорних обставин є однією із найменш досліджених і багатоаспектних категорій інституту звільнення від цивільно-правової відповідальності. Зокрема, у законодавстві України не визначено чи припиняється зобов'язання у випадку, якщо у виникненні неможливості винен боржник чи кредитор. Також викликають труднощі у вирішенні питання щодо визначення наявності самої неможливості виконання у тій або іншій ситуації та наслідків її настання. Тому, проблематика звільнення від відповідальності у разі неможливості виконання договірного зобов'язання є актуальною з теоретичної та практичної точок зору.

Проблемами звільнення боржника від відповідальності за порушення зобов'язання займалися дореволюційні (Е. Пірвіц [3], Т. Яблочков [4], Г. Шершеневич [5], Д. Мейер [6], К. Анненков [7], К. Победоносцев [8]), радянські (А. Венедиктов [9], М. Пергамент [10], В. Туманов [11], Е. Павлодский [12]) та сучасні вчені. Проблеми звільнення від відповідальності досліджуються у сучасних роботах В. Хохлова «Цивільно-правова відповідальність за порушення договору» [13], Т. Ківалової «Зобов'язання від-

шкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми» [14], Д. Кархалева «Співвідношення заходів захисту і заходів відповідальності у цивільному праві Росії» [15], С. Коновалова «Підстава цивільно-правової відповідальності» [16], С. Розіної «Інститут звільнення від цивільно-правової відповідальності» [17], Н. Коршунової «Обставини, що звільняють від відповідальності за порушення договору» [18], Д. Богданова «Звільнення від відповідальності та її виключення в російському цивільному праві» [19] тощо. Неможливість виконання зобов'язання, що тягне його припинення, детально розглядалася у роботі І. Продаєвич «Припинення зобов'язання неможливістю його виконання» [20]. Питання звільнення від відповідальності у зобов'язаннях, відшкодування шкоди досліджували такі науковці, як С. Мікеров [21], В. Суржиков [22], Н. Терещенко [23], Л. Туршук [24], О. Церковна [25].

Метою статті є з'ясування поняття та підстав звільнення від договірної відповідальності, змісту категорії «неможливість виконання зобов'язання» у цивільному праві України та законодавстві деяких зарубіжних країн, а також визначення перспектив вдосконалення цивільного законодавства України щодо підстав звільнення від відповідальності.

Звільнення боржника від договірної відповідальності можна визначити як неприпустимість покладання на боржника цивільно-правових обов'язків, що виникли у результаті порушення ним договірного зобов'язання перед кредитором (невиконання або неналежного виконання) [18]. Відповідно до положень ЦК України, підставами звільнення від договірної відповідальності є: вина кредитора; випадок (казус); непереборна сила; інші обставини, що спричиняють неможливість виконання зобов'язання, якщо вони виникли не з вини боржника [26].

Згідно ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких вимог та умов – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Згідно зі ст. 193 ГК України суб'єкти господарювання та інші учасники господарських відносин повинні виконувати господарські зобов'язання належним чином відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання – відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться. У разі неможливості виконання зобов'язання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає, зобов'язання припиняється (ст. 607 ЦК України). Неможливість виконання зобов'язання може бути визначена як суб'єктивна або об'єктивна нездатність боржника вчинити певні дії, що складають зміст зобов'язання. Неможливість виконання характеризує ситуації, в яких виконання боржником його обов'язків, що виникають з договору або закону, стало неможливим у силу різних причин [27, с. 112]. Неможливість є подією, яка виникає на момент виконання зобов'язання та протиставляється принципу неприпустимості односторонньої відмови від зобов'язання [28, с. 422]. Поняття неможливості виконання є збірним, оскільки ця неможливість пов'язується з різними фактами, що перешкоджають нормальній динаміці зобов'язання [29].

У літературі виділяють фактичну, тобто фізичну неможливість (загибель індивідуально-визначеного предмету зобов'язання), і юридичну (економічну) неможливість виконання зобов'язань (акти державних органів, втрата боржником речового права щодо предмету зобов'язання, вилучення речі, що є предметом договору, із цивільного обігу тощо). Юридичне поняття неможливості включає неможливість виконання у зв'язку з актами або заборонами органів державної влади [30, с. 179-180], а стосовно сучасного цивільного права – тільки у зв'язку з актами органів державної влади, але не органів місцевого самоврядування, що на практиці часто призводило до відмови у задоволенні вимог позивача виключно на підставі такої формальної підстави [31, с. 94].

Зі змісту ст. 607 ЦК України випливає, що у випадку, якщо у виникненні неможливості виконання винен боржник чи кредитор, зобов'язання не припиняється. При винній неможливості виконання зобов'язання не припиняється, а лише змінюється, оскільки для винної сторони обов'язок виконання трансформується в обов'язок відшкодувати завдані контрагентові збитки, сплатити неустойку тощо [20, с. 12]. Отже, неможливість виконання за відсутності вини сторін припиняє зобов'язання [32, с. 173].

Слід розмежовувати неможливість виконання як підставу припинення зобов'язання, та форс-мажор як підставу для звільнення від відповідальності за невиконання договірного зобов'язання. Форс-мажор є лише видом неможливості виконання договору і може у деяких випадках тягнути припинення договору шляхом його розірвання [33, с. 736]. Отже, слід зазначити, що настання форс-мажорних обставин не завжди припиняє зобов'язання, а лише звільняє від відповідальності за його невиконання.

Звільнення боржника від відповідальності у разі неможливості виконання можливе у наступних випадках: обставина є форс-мажором; між діями боржника та обставинами, що настали, відсутній причинний зв'язок; обставина, що викликала неможливість виконання, знаходилася поза контролем боржника.

Непереборна сила і неможливість виконання зобов'язання співвідносяться як причина та наслідки і взаємно «покриваються», тому що неможливість виконання може мати місце і поза впливом непереборної сили. Так, абсолютна (фізична) неможливість реального виконання зобов'язання – це неможливість, причиною якої є дія обставин непереборної сили. У даному випадку повинна бути виключена залежність від будь-яких умов, що залишають можливість виконання зобов'язання. Неможливість слугує підставою звільнення від відповідальності, тільки якщо неможливість стала наслідком дії обставин непереборної сили [18, с. 12-13, 23].

Однак, форс-мажор (непереборна сила) не звільняє від відповідальності за порушення грошового зобов'язання. Відповідно до ч. 1 ст. 625 ЦК України боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання. Згідно положень статей 524, 533–535, 625 ЦК України, грошовим є виражене в грошових одиницях (національній валюті України чи в грошовому еквіваленті в іноземній валюті) зобов'язання сплатити гроші на користь іншої сторони, яка, відповідно, має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання незалежно від того, виникла така неможливість з його вини чи випадково. Це правило ґрунтується на засадах справедливості і виходить з неприпустимості безпідставного збереження грошових коштів однією стороною зобов'язання за рахунок іншої. Матеріальне становище учасників цивільного обороту піддане змінам і, отже, не виключається, що боржник, неспроможний виконати грошове зобов'язання зараз, зможе виконати його пізніше.

Наслідками прострочення виконання грошового зобов'язання є сплата суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також трьох процентів річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 625 ЦК України).

Наслідком дії обставини непереборної сили є звільнення від відповідальності за невиконання (неналежне виконання) зобов'язання, а не від самого виконання зобов'язання. В інших випадках припинення зобов'язання неможливістю його виконання покладає на боржника обов'язок відшкодувати кредитору завдані невиконан-

ням договору збитки. Неможливість виконання, яка не пов'язана із дією форс-мажорних обставин, звільняє сторони договору від обов'язку виконання договору у натурі. Тоді як після припинення дії обставин непереборної сили боржник зобов'язаний до реального виконання зобов'язання.

Відповідно до ст. 607 ЦК України неможливість виконання договору, неможливість досягнення його мети, неможливість здійснення договірних прав, які настали з причин, не залежних від волі сторін, є підставою для його припинення (розірвання за рішенням суду) за позовом сторони, якій неможливість в тій чи іншій її формі завдає шкоди і для якої залишення договору в силі в незмінному вигляді загрожує збитками.

Наслідком розірвання договору на підставі ст. 607 ЦК України (неможливість виконання) має бути покладення судом обов'язку повернути контрагенту безпідставне збагачення, тобто усе одержане останнім на виконання договору, за яке йому не було надано зустрічне задоволення, за винятком випадку, коли виконання здійснила сторона, винна у неможливості виконання зобов'язань її контрагентом (ч. 1 ст. 1212 ЦК України).

У ч. 2 ст. 1212 ЦК України зазначається, що положення глави 83 ЦК України (набуття, збереження майна без достатньої правової підстави) застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події.

Змістом зобов'язань, що виникають внаслідок безпідставного набуття або збереження майна за рахунок іншої особи без достатніх правових підстав, є право потерпілої особи (кредитора) вимагати від набувача майна (боржника) повернення безпідставно набутого або збереженого майна і відповідний обов'язок боржника виконати цю вимогу й повернути безпідставно набуте майно. Загальним правилом є повернення набувачем потерпілій особі безпідставно набутого майна в натурі.

У разі неможливості повернути в натурі потерпілій особі безпідставно набуте майно боржник має відшкодувати вартість цього майна. При цьому вартість набутого майна визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна. Варто звернути увагу на те, що вказана норма більш вдало вирішує це питання, ніж ст. 469 ЦК УРСР 1963 року, котра передбачала, що вартість безпідставно набутого майна має визначатися на момент його придбання. Вирішення цього питання у ст. 1213 ЦК України є більш справедливим, оскільки дозволяє більш повно захищати інтереси потерпілої особи. Адже навіть невелика інфляція, яка відбувається протягом того нетривалого проміжку часу, що проходить від порушення права до його захисту судом, тягне певне зниження вартості майна, а відтак – порушення прав потерпілої особи. З цих позицій визначення вартості набутого майна на момент розгляду судом справи про повернення майна є оптимальним рішенням, оскільки саме суд має повно і всебічно оцінити шкоду, що її зазнала потерпіла особа.

Вважаємо, що у цивільному законодавстві України міститься прогалина щодо регулювання наслідків порушення зобов'язання неможливістю його виконання унаслідок дії обставин форс-мажору. Думається, у законодавстві слід передбачити, що у такому випадку сторони мають право вимагати повернення як безпідставно отриманого (глава 83 ЦК України), що було виконано до моменту, коли через обставини форс-мажору наступила неможливість виконання зобов'язання.

У законодавстві зарубіжних країн неможливість виконання зобов'язання також тягне або припинення зобов'язань, або адаптацію договору до обставин, що змінилися, і, як слідство, і в тому, і в іншому випадках звільнення від відповідальності за невиконання зобов'язань через неможливість його виконання. Однак самі умови, за яких це допускається, відмінні. Зокрема, відповідно до французького права, існує різниця між «неможливістю» виконання (тобто «форс-мажором») з однієї сторони й, з іншого боку, обставинами, які дестабілізують контракт, при яких складаються економічні умови, що тягнуть корінну зміну обстановки. Останнє називається доктриною «непередбаченості» (imprevision). Стаття 1142 Французького цивільного кодексу (далі – ФЦК) [34] передбачає, що будь-яке зобов'язання припиняється відшкодуванням збитків щораз, коли боржник не виконує зобов'язання. Однак ст. 1148 ФЦК визначає, що підстави для стягнення збитків відсутні, коли перепони, що виникли внаслідок дії непереборної сили чи випадку, не дозволили боржникові надати чи зробити те, що він зобов'язаний був зробити, чи коли він зробив те, що йому було заборонено. Французьке цивільне право розмежування між випадком і непереборною силою не проводить, і обидва поняття вживаються в ньому як синоніми. Французька доктрина й практика лише відпрацювали критерії, за допомогою яких визначається наявність обставин, що звільняють від відповідальності, байдуже яких – випадку або непереборної сили.

Німецький цивільний кодекс (далі – НЦК) [35], на противагу ФЦК, намагається відмежувати випадок від непереборної сили, позначаючи непереборну силу як «кваліфікований випадок». Що стосується первісної неможливості виконання зобов'язання, французька та німецька доктрина сприйняла один із основних принципів континентальної системи права, відомий ще римському праву: зобов'язання, що має своїм змістом те, що неможливо виконати, є юридично нікчемним (imossibilium nulla est obligatio). Так, відповідно до параграфу 275 НЦК, неможливе не може ставитися у обов'язок боржникові. Також, важливо, що в континентальному праві для настання відповідальності боржника потрібний доказ його вини, при цьому провина боржника передбачається й на боржнику лежить тягар доказування відсутності вини [11, с. 10-11].

В романо-германській системі права підставою звільнення від відповідальності визнається економічна неможливість виконання зобов'язання внаслідок різкої зміни кон'юктури ринку, підвищення цін, девальвації та інших обставин, які неможливо передбачити. У деяких видах договорів (повітряні перевезення, зберігання тощо) відповідальність може наставати навіть у випадку дії непереборної сили чи випадку [36, с. 147].

У англо-американському праві неможливість виконання може бути спричинена обставинами, за які боржник не відповідає та які настали після виникнення зобов'язання, у тому числі у разі економічної неможливості виконання внаслідок різкого підвищення вартості виконання зобов'язання внаслідок непереборної сили, смерті чи недієздатності боржника [36, с. 137].

Для правової системи Англії та США характерним є принцип безвинної (абсолютної) договірної відповідальності боржника за порушення зобов'язання, тобто незалежно від вини. Крім того, форс-мажор та випадок, за загальним правилом, не звільняють боржника від відповідальності.

Відповідальність за порушення договору в англо-саксонській системі права базується на принципі безумовного грошового відшкодування, що вважається адекватним реальному виконанню зобов'язання. З цієї причини, відпадає взагалі мета встановлення у законодавстві підстав звільнення від відповідальності за невиконання (неналежне виконання) договору. Таким чином, для боржника не передбачено випадків, коли виконання є неможливим.

Неможливість виконання зобов'язання може бути визначена як суб'єктивна або об'єктивна нездатність боржника вчинити певні дії, що складають зміст зобов'язання. Слід розмежовувати неможливість виконання як підставу припинення зобов'язання та форс-мажор як підставу для звільнення від відповідальності за невиконання договір-

ного зобов'язання. Форс-мажор є лише видом неможливості виконання договору і може у деяких випадках тягнути припинення договору шляхом його розірвання. Отже, слід зазначити, що настання форс-мажорних обставин не завжди припиняє зобов'язання, а лише звільняє від відповідальності за його невиконання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
2. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.
3. Пирвиц Э. Э. Значеніе вины, случая и непреодолимой силы в гражданскомъ правѣ / Э. Э. Пирвиц. – СПб. : Типографія Правительствующаго Сената, 1895. – С. 3.
4. Яблочков Т. М. Юридические записки, издаваемые Демидовским Юридическим лицеем / Под ред. Свищевского А. Р., Фельдштейна Р. С., Фейтаг-Лоринговена А. Р. – 1911. – Выпуск 2/3 (8/9). – С. 271–300.
5. Шершеневич Г. Ф. Курс цивільного права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула, 2001. – С. 398.
6. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – М., 2011. – С. 245.
7. Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3. Права обязательственные / К. Анненков. – 2 изд., пересмотр. и доп. – СПб., 1898. – С. 134.
8. Победоносцев К. Курс гражданского права : Третья часть. Договоры и обязательства / К. Победоносцев. – М. : Типография МПС, 1880. – С. 152–153.
9. Венедиктов А. В. Избранные труды / А. В. Венедиктов. – Т. 1. – М., 2004. – С. 450–458.
10. Пергамент М. Я. Война и «непреодолимая сила» / М. Я. Пергамент. – СПб., 1914.
11. Туманов В. А. Понятие непреодолимой силы в советском гражданском праве / В. А. Туманов // Вопросы советского гражданского права. – М., 1955.
12. Павлодский Е. А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве / Е. А. Павлодский. – М., 1978.
13. Хохлов В. А. Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора : автореф. дисс.... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук по спец. : 12.00.03 «гражданское право ; предпринимательское право ; семейное право ; международное частное право» / В. А. Хохлов. – Саратов, 1998. – 41 с.
14. Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України : теоретичні проблеми : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / Т. С. Ківалова ; Одеська національна юридична академія. – О., 2008. – 40 с.
15. Кархалев Д. Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России : Дисс.... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Д. Н. Кархалев. – Уфа: РИО БашГУ, 2004. – 148 с.
16. Коновалов С. А. Основание гражданско-правовой ответственности : Дисс.... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / С. А. Коновалов. – М., 2006. – 246 с.
17. Розина С. В. Институт освобождения от гражданско-правовой ответственности : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / С. В. Розина. – М., 2006. – 142 с.
18. Коршунова Н. П. Обстоятельства, освобождающие от ответственности за нарушение договора : Дисс. …канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Н. П. Коршунова. – М., 2007. – 273 с.
19. Богданов Д. В. Освобождение от ответственности и её исключение в российском гражданском праве : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Д. В. Богданов. – Пермь, 2012. – 192 с.
20. Продаєвич І. С. Припинення зобов'язання неможливістю його виконання : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / І. С. Продаєвич ; Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 19 с.
21. Микеров С. В. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный радиоактивными источниками повышенной опасности : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / С. В. Микеров. – М., 2005. – 175 с.
22. Суржиков В. Е. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный деятельностью, создающей повышенную опасность : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / В. Е. Суржиков. – М., 2011. – 195 с.
23. Терещенко Н. В. Особливості відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право»/ Н. В. Терещенко ; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2003. – 16 с.
24. Туршук Л. Д. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный жизни или здоровью гражданина : Дисс... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Л. Д. Туршук. – С.-П., 2011. – 196 с.
25. Церковна О. В. Підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / О. В. Церковна ; Одеська національна юридична академія. – О., 2008. – 20 с.
26. Цивільне право в Україні. Курс лекцій. Т. 5. К. 1 : Загальні положення зобов'язального права / За редакцією к. ю. н., проф. Р. Б. Шишки. – Харків : Еспада, 2005.
27. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 880 с.
28. Халабуденко О. А. Имущественные права. Книга 2. Обязательственное право / О. А. Халабуденко. – Кишенев : Международный независимый университет Молдовы, 2014. – 488 с.
29. Хаскельберг Б. Л. Индивидуальное и родовое в гражданском праве / Б. Л. Хаскельберг, В. В. Ровный. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Статут, 2004. – 236 с.
30. Генкин Д. М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения / Д. М. Генкин // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Г. Ф. Шершеневича. – М. : Статут, 2005. – С. 179–180.
31. Витрянский В. В. Некоторые проблемы реформирования законоположений об обязательствах / В. В. Витрянский // Основные проблемы частного права : Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора А. Л. Маковского / Отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. – М. : Статут, 2010. – С. 94.
32. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : Монографія / Т. В. Боднар. – К. : Юринком Інтер, 2005. – 272 с.
33. Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. – М., 2007. – С. 736.
34. Французский гражданский кодекс / Науч. редактирование и предисловие канд. юрид. наук Д. Г. Лаврова, перевод с французского А. А. Жуковой, Г. А. Пашковской. – СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 1101 с.
35. Гражданское уложение Германии. Перевод с нем. ; Научные редакторы – А. Л. Маковский и др. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 174–175.
36. Шимон С. І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн : Навчальний посібник (Курс лекцій) / С. І. Шимон. – К. : КНЕУ, 2004. – 220 с.

УДК 347.44

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ

THE PECULIARITIES OF THE CONCLUSION OF A CORPORATE AGREEMENT

Сигидин М.М.,
аспірант кафедри цивільного права
Юридичний інститут
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»

Стаття присвячена дослідженню особливостей укладення корпоративного договору. Зокрема, проаналізовано норми чинного законодавства, що регулюють порядок укладення цивільно-правових договорів. Встановлено, що укладення корпоративного договору здійснюється у загальному порядку, тобто включає в себе такі стадії, як оферта та акцепт. Разом з тим, особливості укладення цього договору зумовлені його багатосторонньою природою.

Ключові слова: корпоративний договір, укладення договору, форма договору, багатосторонній договір, оферта, акцепт.

Статья посвящена исследованию особенностей заключения корпоративного договора. В частности, проанализированы нормы действующего законодательства, регулирующие порядок заключения гражданско-правовых договоров. Установлено, что заключение корпоративного договора осуществляется в общем порядке, то есть включает в себя такие стадии, как оферта и акцепт. Вместе с тем, особенности заключения этого договора обусловлены его многосторонней природой.

Ключевые слова: корпоративный договор, заключение договора, форма договора, многосторонний договор, оферта, акцепт.

The article deals with investigation of the peculiarities of the conclusion of a corporate agreement. In particular, current legislation governing the conclusion of civil contracts is analyzed. It is established that the conclusion of a corporate contract is carried out according to the general procedure that includes such stages as offer and acceptance. At the same time the peculiarities of the conclusion of this agreement are caused by its multilateral nature. The proposal for the conclusion of a corporate contract, firstly, must be addressed to a specific group of persons from the number of members of the corporation – owners of corporate rights, who have similar corporate interests. Secondly, the offer must include a reference to the essential conditions of future corporate contract, that the conditions of its subject and the issues for solving of which the members of a corporation actually enter into a corporate agreement. The author considers it appropriate to mention in the offer also the purpose of corporate contract, because it will allow the parties to specify the subject of the contract and determine those results, the achievement of which are desirable for the parties of the agreement. The possibility of the conclusion of a corporate contract by joining is established. Taking into account the requirements of the law regarding the written form of agreements between the members of the corporation, following the general rules, it's determined that a corporate agreement should be concluded in simple written form and by mutual consent it can also be notarized.

Key words: corporate agreement, conclusion of an agreement, form of an agreement, multilateral agreement, offer, acceptance.

В умовах ринку, коли договір стає основним регулятором економічних відносин сторін, від того, як він буде укладений, залежить і його юридична сила, і, безумовно, своєчасне та правильне виконання. Проблема порядку укладення договорів активно обговорюється серед науковців.

Як вказує з цього приводу С. М. Бервено, укладення договору є первинною стадією будь-якого договірного зобов'язального правовідношення. Дане поняття функціонально наділене правоутворюючим характером і перетворенням фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають із договору [1, с. 174].

У доктрині цивільного права науковці роблять чимало спроб дати визначення порядку укладення договору. А. Г. Биков вважав, що порядок укладення договору – це передбачені правовими нормами послідовність і способи оформлення договірних відносин, а способом є певного роду дії, за допомогою яких досягається взаємоузгодженість волі сторін [2, с. 468]. С. О. Бородовський розглядає порядок укладення договору як визначену правовими нормами юридико-логічну послідовність стадій встановлення цивільних прав та обов'язків, здійснених на основі погоджених дій осіб зустрічного характеру та виражених у різноманітних способах узгодження змісту договору [3, с. 13]. Беручи до уваги вищезазначені доктринальні визначення поняття укладення договору, доходимо висновку, що укладення є певною системою дій суб'єктів договірного правовідношення, спрямованих на виникнення договірного зобов'язання та визначення його змісту.

Зважаючи на те, що корпоративний договір за своєю природою є багатостороннім, вважаємо, що дослідження питання укладення корпоративного договору необхідно здійснювати крізь призму особливостей порядку укладення багатосторонніх договорів. О. С. Таран зазначає, що виступ кожного учасника як окремої сторони у багатосторонніх договорах та можливість участі у даних договорах трьох, чотирьох та більше учасників обумовлюють необхідність визначення порядку укладення багатостороннього договору, зокрема встановлення, чи застосовується традиційна схема «оферта-акцепт» для укладення багатосторонніх договорів, чи можуть бути дані договори укладені за допомогою публічної оферти, яка форма укладення багатостороннього договору тощо [4, с. 40].

Як стверджує В. В. Груздєв, щодо вирішення питання стосовно кількості стадій укладення багатосторонніх договорів склались два основних підходи. Відповідно до найбільш розповсюдженого погляду процес укладення багатосторонніх договорів не може бути зведений до оферти та акцепту. Так, А. Ю. Кабалкін вказує на те, що укладення таких договорів в силу їх специфіки не відбувається шляхом направлення одній чи декільком особам оферти і отримання акцепту. Н. В. Козлова зробила висновок про те, що на момент укладення багатостороннього договору співпадаючі волі сторін настільки зливаються, що видається неможливим визначити, де і коли має місце оферта і акцепт [5, с. 113-114].

Разом з тим український законодавець вирішує проблему укладення багатосторонніх договорів по-іншому. Так, у ч. 4 ст. 626 ЦК України вказано, що до договорів, що укладаються більш як двома сторонами (багатосторонні договори), застосовуються загальні положення про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів [6]. Фактично основною відмінністю між двостороннім та багатостороннім договором є те, що для укладення останнього необхідним є вираження узгодженої волі трьох і більше сторін. В інших аспектах ці договірні конструкції є схожими. Тому логічним видається висновок про те, що процес укладення багатостороннього договору повинен проходити дві стадії: оферту та акцепт.

Беручи до уваги багатосторонню природу корпоративного договору, а також його предмет, суб'єктний склад, сферу

застосування, можна стверджувати про те, що для корпоративного договору характерний загальний порядок укладення, який, однак, не позбавлений своїх особливостей.

Перш за все слід зазначити, що загальний порядок укладення договору врегульовано Гл. 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» ЦК України (ст. 638-650). Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору, а у ч. 2 ст. 638 ЦК України зазначається, що договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) й прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Отже, загальний порядок укладення договору передбачає дві стадії: оферту й акцепт, що є загальновизнаним у доктрині.

Якщо говорити про укладення корпоративного договору, то із впевненістю можна стверджувати, що учасники корпорації в процесі його укладення також проходять дві основні стадії – оферту та акцепт, виражаючи при цьому власні волевиявлення щодо утворення між собою договірних зв'язків та формуючи спільну волю щодо визначення умов корпоративного договору. Проте не слід забувати і про особливості, які характерні для порядку укладення цього виду цивільно-правових договорів.

Оскільки корпоративний договір за своєю сутністю є багатостороннім договором, нам видається досить цікавою думка Т. В. Ламм про те, що особливості укладення багатосторонніх договорів обумовлені насамперед їхнім характером, адже такі договори спрямовані на врегулювання внутрішніх відносин між учасниками, які об'єднані спільною метою. Найчастіше при укладенні багатостороннього договору оферті передує переддоговірна стадія, яка дозволяє з особливою ретельністю підійти до вибору майбутніх контрагентів, а також виявити розуміння спільності інтересів [7, с. 7].

Наведене твердження можна віднести і до питання укладення корпоративного договору. Процес укладення корпоративного договору ініціюється учасниками корпорації – власниками корпоративних прав. Вони спільно визначають доцільність укладення такого договору, його загальну мету, коло питань, що входитимуть до предмету договору тощо. Зазначені питання узгоджуються власниками корпоративних прав шляхом переговорів, які, як правило, закінчуються прийняттям скоординованого рішення про укладення корпоративного договору. В контексті цього слід говорити про фідуціарний характер відносин, що складаються між учасниками майбутнього корпоративного договору. Вважаємо, що тільки за наявності цього фактора можна дійти згоди щодо єдиної спільної мети, яка фактично є свідченням присутності єдності інтересів. І саме цей особливий характер взаємовідносин – особистісно-довірчий – дозволяє досягнути тієї мети, заради якої власники корпоративних прав об'єднуються.

В юридичній літературі поширеною є думка, що переписка сторін, протокол про наміри, інші акти, які є виявленням бажання кожної зі сторін або обох сторін укласти договір, не мають юридичного значення, якщо ці документи не підпадають під ознаки оферти та (або) акцепту [1, с. 185]. Підтримуючи таке твердження, вважаємо, що жодного юридичного значення переддоговірна стадія укладення корпоративного договору в принципі мати не може, якщо тільки не йдеться про укладення попереднього договору, у зв'язку із чим виділення такої стадії в процесі укладення корпоративного договору з погляду права обґрунтувати складно. Водночас матеріали, які передують укладенню договору, набувають правового значення у випадку тлумачення договору для цілей з'ясування спільної волі сторін відповідно до ст. 213 ЦК України. В цьому випадку при тлумаченні договору до уваги беруться зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, подальша поведінка сторін [1, с. 185].

Слід зазначити, що ідея щодо доцільності укладення корпоративного договору в межах тієї чи іншої корпорації може виникнути як у одного власника корпоративних прав, так і у декількох, що фактично і визначає кількість оферентів щодо укладення корпоративного договору.

Законодавчі вимоги до оферти визначені у ч. 1 ст. 641 ЦК України. Відповідно до положень цієї статті, пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Частина 2 ст. 641 ЦК України також вказує на те, що реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є не офертою, а лише запрошенням робити пропозиції укласти договір. Пропозиція укласти договір може бути зроблена усно або в письмовій формі. Коли йдеться про письмову оферту, то вона може мати форму єдиного документа (наприклад, проекту договору) або листа, телеграми тощо, що надсилаються акцептанту поштою чи за допомогою іншого технічного засобу зв'язку.

Таким чином, пропозиція щодо укладення корпоративного договору, по-перше, повинна бути адресована конкретному колу осіб із числа учасників корпорації – власників корпоративних прав. Зовсім необов'язково, щоб вона була звернута до усіх без винятку учасників юридичної особи корпоративного типу. І це цілком логічно, адже дуже часто власниками корпоративних прав є досить велика кількість осіб, і, як правило, у кожного із них є власні корпоративні інтереси, які часто різняться між собою. Тому частина учасників корпорації можуть бути не зацікавлені в укладенні корпоративного договору. А оскільки корпоративний договір укладається з метою спільного та взаємоузгодженого здійснення учасниками корпорації дій, пов'язаних із ефективним управлінням належними їм корпоративними правами, то відповідно оферта щодо укладення цього виду цивільно-правових договорів повинна бути звернута до учасників корпорації з подібними корпоративними інтересами та схожим баченням вирішення тих чи інших питань, пов'язаних із діяльністю юридичної особи корпоративного типу.

Крім того, слід зауважити, що корпоративним договором не можуть бути врегульовані питання щодо організаційної структури товариства чи щодо контролю над органами правління, оскільки подібні організаційно-управлінські відносини в товаристві можуть бути врегульовані лише законом чи установчими документами. Наведене твердження також свідчить на користь того, що корпоративний договір необов'язково повинен укладатись усіма учасниками корпорації, адже він не спрямований на управління товариством загалом, а тому не зачіпає інтересів усіх власників корпоративних прав. Водночас корпоративний договір наділений зобов'язальною природою, тому зобов'язує до відповідної поведінки лише сторони договору, не розповсюджуючи свою сферу ні на саму корпорацію з її органами, ні на учасників корпорації, що не беруть участь в корпоративному договорі, ні на третіх осіб.

По-друге, оферта повинна містити вказівку на істотні умови майбутнього корпоративного договору, тобто умови щодо його предмету, а також тих питань, задля вирішення яких фактично і укладається корпоративний договір.

З приводу важливості окреслення в оферті усіх істотних умов майбутнього договору висловлювався М. І. Брагінський. Він стверджував, що зазначена вимога має подвійний зміст, оскільки обов'язково повинні бути визначені умови, визнані істотними в силу закону, а зазначений в оферті набір умов визнається для акцептанта максимальним. Відповідно після того, як адресат прийме пропозицію, не запропонувавши зі свого боку жодних змін або доповнень до оферти, оферент не зможе змінювати набір умов, які містяться в оферті [8, с. 197].

В кінцевому рахунку значення цієї важливої вимоги до оферти полягає в тому, що вона повинна бути настільки визначеною, щоб можна було шляхом її прийняття до-

сягнути домовленості про весь договір [9]. Підтримуючи висловлену позицію, вважаємо, що у пропозиції укласти договір оференту/оферентам необхідно максимально закріпити коло тих питань, які повинні бути врегульовані в корпоративному договорі.

Істотною умовою будь-якого цивільно-правового договору є його предмет. Оскільки корпоративний договір належить до багатосторонніх договорів, то сутністю зобов'язання, що виникає з нього, є здійснення спільної скоординованої діяльності його учасників, тобто спільне управління корпоративними правами. Тому в пропозиції укладення корпоративного договору можуть міститись умови щодо вчинення сторонами договору певних активних дій (голосування відповідним чином на загальних зборах товариства) або утримання від вчинення тих чи інших дій (неявка на засідання загальних зборів товариства у разі настання певних обставин) тощо.

Як стверджує О. С. Таран, крім предмету, істотною умовою багатостороннього договору є спільна мета учасників. Між спільною діяльністю як предметом багатостороннього договору та спільною метою учасників багатостороннього договору існує нерозривний взаємозв'язок – мета може бути досягнута лише у результаті здійснення спільної діяльності, а те, яка саме діяльність здійснюється, залежить від характеру спільної мети [4].

Не визначаючи мету як істотну умову корпоративного договору, загалом хотілося б зазначити, що у значній мірі сутність корпоративного договору полягає у внутрішніх взаємовідносинах між учасниками корпорації, які переслідують єдину і спільну для них мету, тобто організацію їхньої діяльності. Враховуючи вищезазначене, на нашу думку, було б доцільним в оферті зазначити і мету корпоративного договору, адже це дозволить сторонам конкретизувати предмет договору, а також окреслити ті бажані результати, досягнення яких прагнуть особи, які укладають корпоративний договір.

Важливо зауважити і про особливості формування оферти. З огляду на багатосторонній характер корпоративного договору, у ролі оферентів можуть виступати декілька осіб. У такому випадку пропозиція укладення корпоративного договору повинна бути сформована спільно усіма оферентами. Спільне формування оферти свідчить про довірчий характер відносин між учасниками корпорації, які повинні скластись до моменту укладення корпоративного договору. Крім того, не слід забувати, що корпоративний договір носить акцесорний характер, оскільки укладається в межах уже створеної корпорації. Тому умови, зазначені в оферті, не повинні суперечити положенням установчих документів корпорації.

Щодо форми оферти, то вважаємо, що пропозиція укласти корпоративний договір повинна бути зроблена виключно в письмовій формі, чого вимагає сама специфіка даного виду цивільно-правових договорів. Справа в тому, що корпоративний договір спрямований на регулювання внутрішньо-організаційних корпоративних відносин, які складаються з приводу управління корпоративними правами. Категорія управління не має чітких меж та включає в себе значну кількість можливих юридичних та фактичних дій, а тому принципово важливим в процесі укладення корпоративного договору є конкретизоване формулювання істотних умов договору, зокрема, окреслення спектру тих спільних дій, які сторони договору вчинятимуть в процесі виконання договору. Тому, на нашу думку, пропозиція укласти корпоративний договір повинна бути виражена виключно у письмовій формі. Це дозволить потенційним учасникам договору детальніше ознайомитись із його умовами та уникнути в майбутньому можливих конфліктів з приводу неоднакового розуміння змісту корпоративного договору.

Для того, щоб договір вважався укладеним, дії однієї сторони (оферента) недостатньо: друга сторона має висловити згоду на укладення цього договору на умовах, запропонованих в оферті. Тому відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) має бути повною і безумовною. Це означає, що акцептант повністю погоджується з тими умовами договору, які йому запропоновані в оферті, і не має будь-яких застережень щодо зробленої пропозиції [10, с. 55].

За аналогією із формою оферти прийняття пропозиції щодо укладення корпоративного договору повинне бути виражене у письмовій формі шляхом підписання договору адресатом оферти і надсилання його оференту в межах строків, визначених у пропозиції, а у разі їх відсутності – в межах строків, визначених законодавством, або нормально необхідних для цього (ч. 2 ст. 644 ЦК України).

Варто зауважити, що ЦК України у ст. 634 передбачає можливість укладення цивільно-правового договору шляхом приєднання до запропонованих умов. Так, договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору.

Визначальною ознакою договорів приєднання є відсутність взаємного волевиявлення сторін при його укладенні. Лише одна сторона пропонує свої умови, інша – не може їх змінити, узгодити, а приймає їх такими, як їй запропоновано. Вияв волі другої сторони зводиться до погодження із запропонованими умовами або договір нею на запропонованих умовах не укладається [11].

Розглядаючи питання щодо можливості укладення корпоративного договору способом приєднання, вважаємо, що відповідь повинна бути ствердною. Перш за все це пояснюється багатостороннім характером договору. На практиці можливі ситуації, коли учасник корпорації, який з тих чи інших причини не уклав корпоративний договір з іншими учасниками, у майбутньому виявить бажання змінити своє рішення і долучитись до уже укладеного корпоративного договору. Якщо умови договору його влаштовуватимуть і у нього не виникне жодних заперечень щодо умов, на яких договір укладений, він зможе стати учасником корпоративного договору шляхом приєднання до нього. Це ж стосується і нових учасників корпорації, які набули у власність корпоративні права у встановленому законом порядку.

Щодо моменту укладення договору, то необхідно зауважити, що, як стверджує В. В. Луць, визначення моменту в часі, з настанням якого договір вважається укладеним, є важливим з огляду на низку обставин. По-перше, з цим моментом пов'язується початок дії (чинності) договору (ч. 2 ст. 631 ЦК України). По-друге, з цього моменту сторони набувають цивільних прав та обов'язків, несуть одна перед одною відповідальність за порушення договору. По-третє, на відносини сторін поширюється дія норм закону, інших актів цивільного законодавства, що стосуються даного виду договору.

Момент укладення договору – це момент досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору. Як спільний вольовий акт домовленість (згода) досягається або в безпосередньому спілкуванні (контакті) фізичних осіб чи представників юридичних осіб, або вчиненням роздільних у часі дій сторін (оферти та акцепту). Тому договір вважається укладеним у момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту) (ч. 1 ст. 640 ЦК України). Це правило стосується т. зв. консенсуальних договорів, які вважаються укладеними в момент досягнення згоди сторін [10, с. 70].

Дане положення застосовується і до укладення корпоративного договору. Він вважається укладеним у момент отримання оферентом (оферентами) відповіді про прийняття пропозиції укласти договір учасниками юридичної

особи корпоративного типу, яким була адресована ця пропозиція. Якщо в оферті зазначений строк для відповіді, то договір набирає чинності і вступає в дію з моменту отримання оферентом акцепту в межах цього строку.

В. В. Груздєв стверджує, що при укладенні багатосторонніх договорів мають місце й багатосторонні волевиявлення. Тому, оскільки кожне волевиявлення має самостійне значення, то моментом, з яким необхідно пов'язувати укладення договору, є момент отримання оферентом чи оферентами останнього акцепту, тобто акцепту останньої зі сторін, яка висловила згоду на укладення багатостороннього договору [5, с. 112].

Беручи до уваги вищезазначене, характерною особливістю порядку укладення корпоративного договору як багатостороннього договору є та обставина, що за наявності декількох акцептантів правове значення для визнання договору укладеним матиме лише отримання оферентом (оферентами) останнього із акцептів. Іншими словами, стадія акцепту в даному випадку буде дещо «розтягнутою» у часі.

Говорячи про форму корпоративного договору, необхідно зазначити, що той чи інший цивільно-правовий договір укладається в певній формі: усній чи письмовій. С. Я. Вавженчук з приводу форми договору зазначає, що вона фіксує волевиявлення та встановлює цивільні правовідносини у певний період часу між визначеними особами (сторонами). Тобто, форма договору є зовнішнім відображенням внутрішніх вольових процесів осіб, які уклали договір (ч. 1 ст. 638 ЦК України) [11].

Враховуючи факт неврегульованості укладення корпоративного договору і відсутність вимог законодавства щодо форми корпоративного договору, вважаємо за необхідне дослідити, у якій формі досліджуваний договір повинен бути укладений. Слід виходити з того, що до зовнішнього вираження волі учасників юридичних осіб корпоративного типу законодавець підійшов уніфіковано, встановивши, що як засновницький договір акціонерного товариства, так і договори про заснування товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю укладаються в письмовій формі (п. 4 ч. 3 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 1 ст. 142 та п. 3 ч. 2 ст. 153 ЦК України).

Беручи до уваги вимоги закону щодо письмової форми договорів між учасниками корпорації, слідуючи загальним правилам, вважаємо, що корпоративний договір повинен укладатись у простій письмовій формі, а за згодою сторін він може бути також нотаріально посвідченим.

Проста письмова форма корпоративного договору обумовлюється особливою сферою застосування даного договору як регулятора корпоративних відносин, його суб'єктним складом та колом питань, які він регламентує. Корпоративний договір укладається учасниками корпорації з приводу управління корпоративними правами, а метою його є забезпечення реалізації спільних інтересів та впорядкування відносин щодо управління корпоративними правами. Враховуючи те, що таке управління перш за все впливає на ефективність діяльності корпорації в цілому, зважаючи на необхідність захисту власників корпоративних прав від зловживань з боку інших акціонерів та створення відповідних правових гарантій забезпечення виконання сторонами зобов'язань, що породжуються корпоративним договором, вважаємо, що завдяки письмовій формі домовленість сторін стає очевидною, підлягає фіксації, а відтак набуває вищого ступеня сприйняття.

Підсумовуючи все вищевикладене, необхідно зауважити, що укладення корпоративного договору регулюється нормами Гл. 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» ЦК України, з урахуванням особливостей, притаманних даному виду цивільно-правових договорів. У процесі укладення корпоративного договору його учасники проходять дві основні стадії – оферту та акцепт, виражаючи при цьому власні волевиявлення щодо утворення між собою договірних зв'язків та формуючи спільну волю щодо визначення умов корпоративного договору. Характерною особливістю порядку укладення корпоративного договору є та обставина, що за наявності декількох акцептантів правове значення для визнання договору укладеним матиме лише отримання оферентом (оферентами) останнього із акцептів. У разі, якщо учасник корпорації, який з тих чи інших причини не уклав корпоративний договір з іншими учасниками, у майбутньому виявить бажання долучитись до уже укладеного корпоративного договору і умови договору його влаштовуватимуть, він зможе стати учасником корпоративного договору шляхом приєднання до нього.

ЛІТЕРАТУРА

1. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.

2. Советское гражданское право. Учебник. Учебник. Т. 1 / Белякова А. М., Бессмертный В. К., Быков А. Г., Гендзехадзе Е. Н., и др. – М. : Юрид. лит. – 1979. – 552 с.

3. Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : автореф. дис…. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук за спец. : 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес ; сімейне право ; міжнародне приватне право» / С. О. Бородовський. – Харків, 2005. – 19 с.

4. Таран О. С. Істотні умови багатостороннього договору / О. С. Таран // Вісник Академії адвокатури України. – 2013. – Вип. 2. – С. 39–44.

5. Груздев В. В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву / В. В. Груздев. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 272 с.

6. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року : Офіційний текст. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – Ст. 464.

7. Ламм Т. В. Многосторонние договоры в гражданском праве : автореф. дисс. на соиск. науч. степеня канд. юр. наук по спец. : 12.00.03 «гражданское право ; предпринимательское право ; семейное право ; международное частное право» / Т. В. Ламм. – Москва, 2003. – 30 с.

8. Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения / В. В. Витрянский, М. И. Брагинский. – М. : Статут, 2006. – 586 с.

9. Еннекцерус Л. Курс гражданского права. Т. 1. Полутом 2. / Л. Еннецкерус. – М. : Иностранная литература, 1950. – С. 207.

10. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч.посіб. / В. В. Луць. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 573 с.

11. Вавженчук С. Деякі аспекти правового регулювання та визначення форми договору / С. Вавженчук // Адвокат. – 2009. – № 9. – С. 12.

УДК 347.44:347.238.3

СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ДОГОВОРУ ПРО ПОРЯДОК ВОЛОДІННЯ ТА КОРИСТУВАННЯ СПІЛЬНИМ НЕРУХОМИМ МАЙНОМ

SUBJECT COMPOSITION OF AGREEMENT ON POSSESSION AND USE OF JOINT IMMOVABLE PROPERTY

Ставицький В.А.,
здобувач кафедри цивільного права № 2
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються особливості суб'єктного складу договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Визначаються якісні та кількісні вимоги до сторін договору як необхідної і достатньої умови його укладення. Аналізуються конструкції повного і усіченого суб'єктного складу договору й обставини, які обумовлюють можливість їх використання.

Ключові слова: нерухомість, спільна власність, конкретне користування, володіння, договір.

В статье исследуются особенности субъектного состава договора о порядке владения и пользования общим недвижимым имуществом. Определяются качественные и количественные требования, выдвигаемые к сторонам договора, как необходимые и достаточные условия его заключения. Анализируются конструкции полного и сокращенного субъектного состава договора и обстоятельства, которые обуславливают возможность их использования.

Ключевые слова: недвижимость, общая собственность, конкретное пользование, владение, договор.

The article is devoted to the research of features of subject composition of agreement on possession and use of joint immovable property. Qualitative and quantitative characteristics of such composition as necessary and sufficient requirements for conclusion of an agreement are determined.

Legal constructions of entire and reduced subject composition of agreement and circumstances that allow using them are analyzed. The author justifies that entire composition is a general requirements for conclusion of an agreement on possession and use of joint immovable property that bases on equality of rights and legal interests of co-owners. This is the basic model of subject composition of researched agreement. According to it only total harmonization of all co-owners will lead to conclusion of an agreement.

At the same time the author concludes that actual legal reality doesn't effort to conclude such agreements by entire subject composition in all the cases especially according to industrial immovable property that had been privatized. Imperfection of an order of privatization as well as system of state registration of immovable property transactions and real rights on it caused situations when some co-owners of such objects are unknown or missing but they are still co-owners. In such cases reduced subject composition can be used as exclusion from general rule. If some co-owners of immovable property are unknown (missing) and all attempts were made to find them out known co-owners can conclude such an agreement if such a property need to be cared about and rights of all co-owners are provided. It's justified that in this case can be used one of coerced legal models: 1) known co-owners get in possession and use real parts in immovable property that together constitute immovable thing on the whole without determination real rights of unknown (missing) co-owners in such an object; 2) known co-owners get in possession and use real parts in immovable property according to their parts in rights on it, determine real parts of unknown (missing) co-owners according to their parts in rights on it with next constitution the regime of management over such parts of unknown (missing) co-owners or getting it in possession and use. Both models can be used by co-owners at choice according to their needs and interests of unknown (missing) co-owners.

Key words: immovable property, joint ownership, specific use, possession, agreement.

Відносини спільної власності мають цілу низку особливостей, які вносять свій вклад у необхідність переосмислення речово-правового зв'язку між учасниками цивільного обороту. За загальним правилом, співвласники здійснюють права стосовно спільної речі за взаємною згодою, а обсяг таких прав є рівним. Право власності в такому випадку залежить від волі не одного, а одразу декількох суб'єктів, які мають узгоджувати волю один одного для здійснення володіння, користування та розпорядження спільним майном. Це, у свою чергу, породжує ряд питань в практиці правозастосування, зокрема в частині укладення договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Хто може бути стороною такого договору і чи необхідний для його укладення повний склад співвласників відповідного нерухомого майна, або ж достатньо лише декількох з них? На тлі поширення відповідної договірної конструкції у відносинах з приводу нерухомості, а також в ключі малодослідженості зазначеної договірної конструкції наведене питання набуває актуальності і потребує наукового аналізу.

Метою статті є встановлення вимог до якісної і кількісної характеристики суб'єктного складу договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном, що висуваються положеннями чинного цивільного законодавства України.

Юридичні аспекти відносин спільної власності ставали предметом дослідження таких вітчизняних і зарубіжних вчених-правників як В. О. Бажанова, В. І. Борисова, М. І. Брагінський, М. М. Великанова, І. В. Венедіктова, В. В. Вітрянський, Г. А. Горбуля, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, І. П. Івашова, О. С. Іоффе, Т. С. Ківалова, О. О. Красавчиков, Н. С. Кузнєцова, Б. К. Левківський, А. І. Лозовий, Д. Д. Луспеник, В. В. Луць, Р. А. Майданик, І. П. Малютіна, Є. О. Мічурін, І. П. Мороз, С. А. Петреченко, О. І. Сафончик, І. В. Спасибо-Фатєєва, О. М. Стасюк, С. Я. Фурса, Н. Ю. Христенко, Ю. Ю. Цал-Цалко, А. О. Шевирін, Я. М. Шевченко, В. Л. Яроцький та ін.

Суб'єктний склад договору з володіння та користування спільним нерухомим майном обумовлюється його конструкцією, і хоча положення законодавства не висувають конкретних вимог щодо його сторін, така конструкція обумовлює ту обставину, що ними можуть бути співвласники нерухомості, а фактично – як фізичні, так і юридичні особи. Такий підхід є прямим наслідком різноманітності підстав виникнення відносин спільної власності, в якості яких можуть виступати як спільне створення або придбання нерухомості в ході інвестиційної або спільної діяльності чи в межах шлюбно-сімейних відносин, так і її спадкування тощо. Крім того, відсутність обмежень в суб'єктному складі правовідносин зі спільного володіння та користування нерухомим майном пов'язується і з тим, що сам договір не має особистого характеру, а, отже, його сторонами одночасно можуть бути як юридичні, так і фізичні особи, а при набутті права власності на частку

новому співвласнику не треба одержувати згоду інших співвласників на набуття відповідного правового статусу. Незважаючи на те, що право спільної власності в юридичній літературі називають утисненим правом власності [1, с. 28], тим не менше воно зберігає родові ознаки права власності, в тому числі і в частині суб'єктного складу відповідних правовідносин, адже положення законодавства не обмежують суб'єктний склад права власності лише фізичними чи юридичними особами.

Крім того, можливість юридичної особи виступати суб'єктом досліджуваного договору обумовлюється ще й тим, що договір може не обмежуватися особистим використанням реальної частки, що передається співвласнику, адже сторони можуть запровадити режим конкретного користування і для подальшої передачі своїх реальних часток в користування іншим суб'єктам. В сучасних умовах поширеною є практика передачі у володіння та користування окремих площ або частин нерухомого майна, наприклад, торговельних площ в торгівельно-розважальних центрах або окремих кімнат в житлових будинках. У зв'язку з цим специфіка відносин з володіння та користування спільним майном полягає у тому, що відсутність особистого характеру договору обумовлює можливість використання відповідних реальних часток як співвласниками, так і іншими особами.

Тим не менше в частині суб'єктного складу договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном все ж таки існують питання, які мають як науковий, так і практичний інтерес і на тлі малодослідженості аналізованої договірної конструкції набувають неабиякої актуальності. Зокрема важливим є питання стосовно впливу суб'єктного складу на чинність договору, тобто визначення, чи є необхідним для його укладення повний суб'єктний склад і наявність згоди всіх співвласників або ж більшості з них.

Взаємна пов'язаність прав співвласників між собою на об'єкт нерухомого майна і відсутність у правовідносин, що регламентуються договором про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном, такої ознаки як особистий характер не виключає з формули відповідних правовідносин інтересів таких співвласників і їх потреб, які покладаються в основу взаємин між ними. Саме тому такий договір і покликаний визначити межі реалізації прав співвласників стосовно окремих частин нерухомості, тим самим збалансувавши права, законні інтереси і потреби співвласників. В цій частині, на наше переконання, повинен застосовуватися принцип повного узгодження волевиявлення всіх співвласників як основний інституційний елемент договірних відносин у сфері спільного володіння та користування нерухомістю. Це є прямим наслідком абстрактності прав, оскільки, якщо один із співвласників не буде приймати участі у договорі, це означатиме, що його права порушуються і сторони позбавляють його права володіння та користування спільним нерухомим майном, адже він має частки в усіх реальних частинах нерухомості, у зв'язку з чим, якщо його позбавити участі в укладенні договору, це означатиме, що інші співвласники незаконно і без належних підстав обмежили його права на користування спільною річчю.

Крім того, необхідно приймати до уваги і зворотну сторону такого нехтування правами та інтересами співвласника, що також є наслідком абстрактності прав спільної власності по відношенню до реальних частин нерухомості. Якщо співвласник не є стороною договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном, то це означає, що умови цього договору не поширюються на нього, у зв'язку з чим за ним зберігаються права володіння та користування всіма частинами спільної нерухомості на рівні з іншими співвласниками, в той час як їх права залишаються обмеженими угодою, укладеною між ними. При цьому, в частині обов'язку такого співвласника зі здійснення утримання спільної речі взагалі утворюється механізм блокування будь-яких поліпшень частин нерухомості. Адже у зв'язку з окресленою конструкцією на відповідного співвласника не поширюються обов'язки за договором, у зв'язку з чим кожен зі співвласників несе обов'язок утримання відповідально до своєї реальної частки та/або договору, укладеного між ними, а співвласник, який не є стороною такого договору, несе відповідний обов'язок відповідно до закону. У зв'язку з цим між сторонами договору створюється договірний правовий режим, а між такими особами і співвласником (співвласниками), який не є стороною договору, – легальний. Тому для здійснення поліпшень стороною договору своєї реальної частки нерухомості необхідна згода співвласника, який не є стороною договору. Крім того, загальний обов'язок з несення необхідних витрат таким співвласником на утримання спільного майна обмежується його часткою в праві з урахуванням її пропорційності в кожній реальній частині нерухомості, яка перебуває у володінні та користуванні конкретного співвласника. В цілому такий підхід свідчить про неможливість розгляду усіченого суб'єктного складу як традиційної конструкції для відносин спільного володіння та користування нерухомістю співвласниками.

Відповідне питання досить часто стає предметом судового розгляду, у зв'язку з чим суд на підставі відповідних позовних вимог і пропонованих варіантів порядку спільного володіння та користування нерухомим майном встановлює такий порядок своїм рішенням. Отже, можна стверджувати, що крім легального і договірного режимів конкретного користування спільним нерухомим майном виділяється ще й судовий, який встановлюється рішенням суду.

В цьому ж ключі необхідно відмітити і те, що при укладенні договору його сторони мають абсолютно рівні права, що пов'язується з природою спільної власності, зокрема спільної часткової. Як зазначає О. І. Сафончик, правомочності учасників часткової власності повинні здійснюватися, виходячи з рівності інтересів учасників, незалежно від розміру часток. Частки можуть бути рівними і нерівними, що не впливає на обсяг повноважень співвласників [1, с. 28; 2, с. 278]. Така позиція є повністю виправданою і забезпечується відповідними нормативними положеннями Цивільного кодексу України. Необхідно хіба що доповнити, що покладення в основу відносин спільної власності, зокрема спільної часткової, підходу, за яким кількість голосів кожного співвласника дорівнює одному голосу, а не визначається в залежності від його реальної частки в спільній нерухомості [3, с. 158], пов'язується з принципами справедливості і добросовісності, які мають особливий прояв в окреслених правовідносинах. Йдеться про те, що рівність прав співвласників при визначенні порядку володіння та користування спільним нерухомим майном жодним чином не нівелює речових інтересів, які стоять за ідеальною часткою кожного співвласника, а це означає, що в будь-якому разі домовленість сторін повинна передбачати одержання співвласником у фактичне володіння та користування частини нерухомості, що відповідає його ідеальній частці. Саме тому досягнення такого результату повинно бути наслідком доброї волі і консенсусу, а не «проштовхування» відповідних інтересів «мажоритарним» співвласником. Тому наділення співвласників рівними ідеальними правами стосовно спільної нерухомої речі не означає рівності їх обсягу відносно матеріального еквіваленту (реальних часток) при укладенні договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Крім того, сам порядок укладення волюнтарного договору обумовлюється необхідністю досягнення згоди всіма його сторонами. Адже будь-який договір це, перш за все, взаємне узгоджене волевиявлення, спрямоване на досягнення певного правового результату [4, с. 44]. Якщо відсутня згода всіх співвласників, то не може бути і договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном. Лише суд має повноваження

з примусового встановлення режиму спільного володіння та користування нерухомим майном, однак не співвласники. Явище, яке знайшло назву в юридичній літературі як «договірна диспропорція» або «об'єктивно недобросовісна поведінка» повинне бути мінімізоване у договірних правовідносинах, не кажучи вже про те, що в ряді країн (Данія, Швеція, Фінляндія, Бельгія, Люксембург та ін.) такий дисбаланс може бути підставою для застосування способів захисту [5, с. 39, 42].

В окресленому ракурсі така ознака договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном і відповідних правовідносин як відсутність особистого характеру у зв'язках між сторонами має бути уточнена з урахуванням сформованого висновку. Безособистісний характер зв'язків в такому разі означає, що для співвласників не становить принципової різниці, яка особа стане співвласником у зв'язку з переходом прав на частку в спільному нерухомому майні, однак для співвласників принциповим є питання одержання у фактичне особисте користування тієї частини спільного майна, яка відповідає його ідеальній частці в праві і здатна задовольнити його потреби з урахуванням функціонального призначення предмету договору. При цьому особисте володіння та користування включає як власне самостійне одержання корисного ефекту з відповідної частини нерухомої речі, шляхом особистого володіння та користування, так і можливість одержання корисного ефекту від передачі такої частини в користування інших осіб, зокрема членів родини, наймачів тощо.

Тим не менше, в якості виключення необхідно розглядати можливість співвласників укладати договори про порядок володіння та користування спільним нерухомим майно в усіченому складі, тобто за відсутності одного або декількох співвласників. Такі випадки необхідно розглядати як ті, що відповідають інтересам абсолютно всіх, у тому числі і відсутніх співвласників.

Необхідно відмітити, що застарілі об'єкти промислової власності у зв'язку з недосконалістю системи інвентаризації і оформлення прав на нерухоме майно потрапляють в «зону ризику», адже часто відомостей про реальних співвласників таких об'єктів немає ані на паперових носіях, ані в електронних базах даних. У зв'язку з цим виникає питання, яким чином врегульовувати відносини між співвласниками, якщо одного з них або декількох неможливо віднайти, тобто коли співвласник невідомий. На нашу думку, в такому випадку як крайній захід необхідно розглядати питання неповного суб'єктного складу договору як достатньої умови для його укладення. Однак дійсним такий договір може бути лише у випадку, коли його сторони доклали зусиль з пошуку інших співвласників, зокрема, розмістили об'яви у всеукраїнських засобах масової інформації, одержали інформацію з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно про інших співвласників, якщо відповідні відомості є в реєстрі, Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців тощо. В якості законодавчого шляху врегулювання відповідного питання можна запровадити обов'язковість нотаріального посвідчення відповідного договору між співвласниками з наданням ними нотаріусу доказів того, що ними були вчиненні всі необхідні дії для пошуку інших співвласників.

Конструкція неповного суб'єктного складу відповідних правовідносин обумовлює можливість застосування двох схем правовідносин, обидві з яких передбачають збереження в натурі всього об'єкта нерухомості і, таким чином, забезпечення піклування про ідеальну частку відсутніх співвласників в спільному майні:

1) співвласники можуть визначити посередництвом договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном реальні частки, що передаються у володіння та користування кожного з них, у тому числі і відсутніх суб'єктів, й встановити стосовно відповідних часток відсутніх суб'єктів режим спільного володіння та користування або передати таку реальну частку одному зі співвласників з покладенням на нього обов'язку з її утримання. Такі дії матимуть характер вчинення дій в майнових інтересах особи без довіреності. Негативною стороною такої схеми є те, що співвласники самі вирішують, яку частину віддати відсутнім, у зв'язку з чим можуть мати місце зловживання і перекладення на відсутнього співвласника тягаря з утримання найбільш потребуючої догляду частини речі.

Позитивною стороною такого кроку є прийняття обов'язку з утримання такої частини сторонами договору;

2) співвласники можуть домовитися про одержання у володіння та користування реальних часток в спільному майні, що не відповідають ідеальним часткам. Внаслідок цього всі реальні частки, в тому числі і відсутніх суб'єктів, без їх визначення в натурі розподіляться між сторонами договору. Однак в такому випадку умовно необхідно вважати, що відсутні співвласники на рівні з тими, які одержали у володіння та користування реальні частки менші за ідеальні, передали свої реальні частки повністю або в певній частині тим співвласникам, які одержали у володіння та користування реальні частки, більші за ідеальні. При спільній сумісній власності необхідно виходити з презумпції рівності ідеальних часток.

Позитивною стороною такої конструкції є договірне оформлення і розподіл ризиків стосовно збереження майна між реальними співвласниками. Негативною стороною є те, що реальна частка відсутнього співвласника є чітко не визначеною і не пов'язаною з часткою ідеальною. У зв'язку з цим вона розподілена між співвласниками, які одержали у володіння та користування реальні частки більші, ніж ідеальні.

Перша схема є більш зручною для застосування у випадку, коли можна забезпечити ототожнення ідеальних і реальних часток, наприклад, коли йдеться про приміщення нежитлового призначення, яке не має складових елементів (кімнати, інші приміщення тощо). Вона забезпечує більш зручні розрахунки у випадку, коли з'явиться відсутній співвласник. В той же час друга схема може бути використана як універсальний спосіб вирішення питання укладення договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном усіченим суб'єктним складом. Однак в обох випадках при здійсненні розрахунків між сторонами договору й іншими співвласниками необхідно враховувати як вартість благ, які одержуються відповідними сторонами договору «за рахунок відсутніх співвласників», так і витрати, які вони несуть на утримання речі й управління нею. Проте, в будь-якому разі, відсутні співвласники мають право на плату за «надання в користування» відповідних часток, однак зобов'язані здійснити відшкодування як необхідних витрат на утримання реальних часток, так і витрат, пов'язаних з управлінням, якщо воно мало місце.

На нашу думку, можливим є використання обох зазначених схем, однак з урахування вимог добросовісності і справедливості, у зв'язку з чим на відсутніх співвласників не може покладатися обов'язок з відшкодування повної суми витрат на утримання визначеної йому реальної частки в спільній нерухомості, якщо така частка потребує підвищених затрат на утримання. Інші співвласники повинні також приймати участь у здійсненні відповідних витрат в певній частині. В якості альтернативного виходу співвласники можуть відмовитись від укладення договору конкретного користування, чим забезпечити продовження існування легального режиму володіння та користування.

Таким чином, пріоритетним в застосуванні при укладенні досліджуваного договору є принцип повного суб'єктного складу. Усічений суб'єктний склад договору може мати місце лише в окремих крайніх випадках тим-

часово для забезпечення інтересів всіх співвласників. В цілому ж необхідно резюмувати, що загальне правило стосовно неможливості укладення договору про порядок володіння та користування спільним нерухомим майном усіченим суб'єктним складом співвласників обумовлюється, по-перше, непорушністю речових прав в силу їх абсолютного характеру, в тому числі прав співвласників; по-друге, абстрактним характером прав спільної власності відносно реальних часток; по-третє, єдністю правової волі співвласників стосовно визначення юридичної долі спільної власності; по-четверте, негативними наслідками, до яких може призвести така правова конструкція.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сафончик О. І. Деякі питання реалізації права спільної часткової власності за законодавством України / О. І. Сафончик // Часопис цивілістики. – 2013. – Вип. 15. – С. 27–30.

2. Сафончик О. І. Проблемні питання реалізації права спільної часткової власності за законодавством України / О. І. Сафончик // Актуальні проблеми держави і права. – 2010. – Вип. 56. – С. 277–283.

3. Міронкін О. В. Підстави і порядок застосування заходів захисту права спільної власності / О. В. Міронкін // Держава і право. – 2013. – Вип. 61. – С. 154–159.

4. Чуева Е. Гражданско-правовой договор в нотариальной практике (заключение, его содержание, возникновение прав и обязанностей, момент возникновения права собственности) / Е. Чуева // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2005. – № 4(22). – С. 44–47.

5. Фогельсон Ю. Несправедливые (недобросовестные) условия договоров / Ю. Фогельсон // Хозяйство и право. – 2010. – № 10. – С. 29–55.

УДК 341.9.018

LEX MERCATORIA В ЯКОСТІ ОБРАНОГО ПРАВА У МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ДОГОВОРАХ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ

LEX MERCATORIA AS THE APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS: CONTEMPORARY STATE AND PROSPECTS

Цірат К.Г.,
аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена огляду концепції lex mercatoria, аналізу вирішення питання можливості обрання lex mercatoria сторонами в якості застосовного права у міжнародно-правових документах, що регулюють міжнародні договірні відносини комерційного характеру, а також з'ясуванню місця lex mercatoria поруч із державним правом у найближчому майбутньому.

Ключові слова: автономія волі сторін, вибір права, застосовне право, міжнародні комерційні відносини, lex mercatoria.

Статья посвящена обзору концепции lex mercatoria, анализу решения вопроса касательно возможности выбора сторонами lex mercatoria в качестве применимого права в международно-правовых документах, которые регулируют международные договорные отношения коммерческого характера, а также определению места lex mercatoria подле государственного права в ближайшем будущем.

Ключевые слова: автономия воли сторон, выбор права, применимое право, международные коммерческие отношения, lex mercatoria.

This article envisages the concept of lex mercatoria, reasons of its renaissance in 1960s, its growing popularity every year, and the essence of this specific system of law. Lex mercatoria is widely accepted in international commercial arbitration, but state courts are very reluctant to use it as the law applicable to contractual obligations of the parties, as the law per se is believed to be created only by sovereigns while lex mercatoria is an amorphous system of rules that has a non-state origin. At the best state courts accept lex mercatoria as an additional source of law to the state law regulating the parties' relations. On the other hand state courts recognize and enforce arbitral awards where lex mercatoria was the applicable law. So, states in the person of state courts partially recognize lex mercatoria.

During the last decades scholars from all unification centers (Organisation of American States, European Union, Hague Conference on Private International Law, UNIDROIT, UNCITRAL, etc.) debated whether lex mercatoria should be equaled to state law and appropriate amendments to national legislation of states should be introduced. The majority of scholars believe lex mercatoria is an objective flexible and universal system of rules that favours international commerce as any other state law would do.

The great part of the article is devoted to analysis of international documents regulating international commercial relations, where the question whether parties to a contract can opt for lex mercatoria as the applicable law to a contact is solved. The article envisages whether in the near future lex mercatoria could be treated by states equally as state law.

Key words: party autonomy, choice of law, applicable law, international commercial relations, lex mercatoria.

З часу своєї появи концепція lex mercatoria привертає дедалі більше уваги. Із теоретичної площини дискусії про існування lex mercatoria та його роль у регулюванні міжнародної торгівлі перемістилися в площину практичну, адже з року в рік lex mercatoria використовується комерсантами та арбітражами дедалі частіше. Це пов'язується зі зменшенням ролі позитивізму, який відводив роль творця норм права виключно державі, зростанням ролі недержавних акторів, таких як міжнародні організації, міжнародні неурядові організації, групи вчених, які працюють під патронатом державних/наддержавних органів (наприклад, комісія Ландо, яка почала працювати над проектом з уніфікації європейського договірного права, задуманим в рамках ЄС) або приватно (наприклад, укладачі Принципів латиноамериканського контрактного права), і, головно, з поширенням глобалізації. Власне, глобалізація і породила необхідність існування універсального економічного правопорядку, який у кінцевому рахунку став би фарватером самої глобалізації.

На сьогоднішній день норми lex mercatoria були систематизовані у ряд збірок регіонального (Принципи Європей-

ського договірного права (далі – ПЄДП), Проект спільних точок зору в ЄС, триває робота над створенням подібних збірок в Латинській Америці, Азії та Африці) та універсального рівня (Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (далі – Принципи УНІДРУА), Принципи TransLex). Власне, сучасним трендом уніфікації міжнародного комерційного права можна назвати саме створення недержавними акторами збірок норм на основі норм lex mercatoria. Уніфікація на основі вироблення єдиних колізійних норм результатів не принесла, а уніфікація матеріальних норм за великим рахунком принесла плоди лише у сфері міжнародної купівлі-продажу. Успіх Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року (далі – Віденська конвенція), учасницями якої на сьогодні є 95 держав, приписують, окрім іншого, тому, що засадничо вона ґрунтується якраз на lex mercatoria.

В арбітражі lex mercatoria вже давно активно використовується, що пов'язано з його природою – делокалізованою, не прив'язаною до конкретної території, та денаціоналізованою, незалежною від певної держави. Однак держави не такі прихильні у питанні дозволу сторонам обирати недержавне право: національні закони та міжнародно-правові акти не дозволяють сторонам обирати lex mercatoria в якості застосовного права. Держави не заперечують проти застосування lex mercatoria в якості допоміжного до національного права джерела, але тільки у разі, якщо на це, по-перше, є згода сторін, а, по-друге, якщо lex mercatoria оформлено у вигляді Принципів УНІДРУА (такий висновок отриманий в результаті аналізу судових справ). На сьогодні Принципи УНІДРУА є єдиною збіркою норм lex mercatoria, яка отримала повсюдне визнання.

В деяких міжнародно-правових документах, що регулюють міжнародні договірні відносини комерційного характеру, була здійснена спроба послаблення такого суворого режиму (їх ми розглянемо нижче), однак значних результатів досягнуто не було, і говорити про рівноцінне становище lex mercatoria поруч із державним правом ще дуже рано.

Ми не будемо розглядати позиції і аргументи прибічників та противників концепції lex mercatoria і не будемо робити на основі цього висновків про її обґрунтованість. На наш погляд, переконливим аргументом на користь lex mercatoria служить кодифікаційна робота в рамках УНІДРУА та Гаазької конференції з міжнародного приватного права, спрямована на систематизацію та роз'яснення змісту норм lex mercatoria. Ми приймаємо існування lex mercatoria як факт і зосередимося на проблематиці даної статті: як міжнародно-правові документи, що регулюють міжнародні договірні відносини комерційного характеру, вирішують питання можливості вибору lex mercatoria сторонами в якості застосовного права, і окреслимо перспективи місця lex mercatoria поруч з державним (національним) правом. Підкреслимо, що предметом нашої статті є не випадки застосування lex mercatoria арбітражем або державними судами, а саме випадки, коли сторонам дозволено обирати lex mercatoria в якості застосовного права на основі принципу автономії волі сторін (lex voluntatis).

Концепція lex mercatoria досліджувалася як вітчизняними (О. Білоус, О. Мережко, А. Смітюх, Г. Лис та ін.), так і зарубіжними вченими (Р. Майклз, Х. А. Морено Родрігез, О. Ландо, К. П. Бергер та ін.), хоча варто зазначити, що наробок дослідників із Західної Європи набагато більший, адже саме там і була створена та обґрунтована ще у 1960-х роках концепція lex mercatoria. В Україні дослідження lex mercatoria носили перш за все теоретичний характер, тому ми у своїй статті зосередимося не стільки на теоретичних, скільки на практичних аспектах і дослідимо, яким чином міжнародно-правові документи, що регулюють міжнародні договірні відносини комерційного характеру, дозволяють обирати lex mercatoria в якості застосовного права, і наскільки це сприймається державами на сьогоднішній день.

Метою статті є аналіз міжнародно-правових документів, що регулюють міжнародні договірні відносини комерційного характеру, в частині обрання сторонами lex mercatoria в якості застосовного до відносин між ними права, їх порівняльно-правовий аналіз та визначення на основі цього перспектив lex mercatoria як права, яке сторони зможуть вільно обирати поруч із державним правом.

Історично lex mercatoria, що являло собою купецьке право, виникло у Середньовіччі і являло собою право вільних купців. У Новий час, коли з'явилися держави у їх сучасному розумінні і перебрали на себе роль законодавця торгівлі, lex mercatoria занепало і було забуте. Концепція lex mercatoria відродилася лише у другій половині XX століття завдяки зусиллям вчених континентальної Європи – К. Шмітгофа, Б. Гольдмана, Ф. Фушарда та Ф. Кана. Саме ж lex mercatoria було названо new lex mercatoria, чим підкреслювалася його різниця зі своїм середньовічним аналогом. Надалі ми для зручності послуговуватимемося поняттям lex mercatoria, однак матимемо на увазі виключно те право, що оформилося в другій половині XX століття.

Головним чинником відродження lex mercatoria, на наш погляд, стала глобалізація, аналогів якій у світовій історії немає. Глобалізація кинула виклики багатьом соціальним інститутам, серед яких опинилося і національне право з його колізійними нормами, і породила явища міжнародно-правової уніфікації та спричинила відродження, щоправда в іншій, аніж у Середньовіччі, формі, lex mercatoria. Ідейна основа lex mercatoria, очевидно, якісних змін не зазнала і залишилася універсальною – максимально ефективно і безпристрасно регулювати міжнародну торгівлю.

Що являє собою lex mercatoria? За Б. Гольдманом lex mercatoria є зводом загальних принципів та звичаєвих норм, на які спонтанно посилаються учасники міжнародної торгівлі, або які створені в рамках міжнародної торгівлі без посилання на конкретну систему національного права [2]. А. Ловенфельд вважав, що lex mercatoria є джерелом права, створеним звичаями, конвенціями, прецедентами та багатьма національними законами [2]. Арбітражі розглядають lex mercatoria в якості норм міжнародної торгівлі, вироблених практикою і підтверджених у рішеннях національних судів та арбітражів [2]. На наш погляд, характер lex mercatoria найкраще відображає концепція «транснаціонального права» Ф. Джесапа, який вважав, що транснаціональне право включає те, що ми називаємо публічним та приватним міжнародним правом, а також національне право, публічне та приватне [9, с. 52]. На думку Ф. Джесапа, застосування суддею права не повинно визначатися його територіальністю, суб'єктністю, національністю, доміцилієм, юрисдикцією, суверенністю або іншою ознакою, за винятком ситуацій, коли така ознака являє собою «розумне відображення людського досвіду з абсолютною або відносною вигодою для права і форуму» [9, с. 52]. Джесап назвав таке право «lex conveniens» за аналогією з «forum conveniens», чим підкреслив його головну ознаку – релевантність.

Важливо в контексті розглядуваної нами теми звернути увагу на факт існування численної кількості понять, які характеризують явище одного порядку, а саме: «норми права» (rules of law), «недержавне право» (non-state law), «ненаціональне право» (non-national rules of law), «анаціональне право» (anational law) і «транснаціональне право» (transnational law). Всі ці поняття роблять акцент на тій (творцеві норм) чи іншій (характер) визначальній ознаці норм, однак їх об'єднує те, що вони а) походять не від держави і б) регулюють приватно-правові аспекти міжнародної торгівлі. Надалі ми вживатимемо те поняття, яке вживатимуть розробники документів, які ми розглядатимемо.

На сьогодні питання можливості вибору lex mercatoria закріплена у декількох міжнародно-правових актах, які ми розглянемо більш детально.

Вважаємо, що логічно розпочати з арбітражу, де можливість обирати lex mercatoria була надана сторонам вперше.

У ст. 42 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року (далі – Вашингтонська конвенція), учасницями якої є 153 держави, сказано, що трибунал вирішує спір відповідно до таких норм права (rules of law), які можуть обрати сторони. На час створення Вашингтонської конвенції це означало, що сторони могли обрати лише певні норми національного права або загальні принципи права, або норми конвенції, які, наприклад, не були чинними для держав, звідки походили сторони [8].

Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року (далі – Типовий закон) містить подібне формулювання: арбітражний трибунал вирішує спір відповідно до тих норм права (rules of law), які були обрані сторонами в якості таких, що застосовують до суті спору (ч. 1 ст. 28). В коментарі Типового закону, розміщеному на сайті ЮНСІТРАЛ, сказано, що сторони можуть навіть обрати «норми права, створені міжнародним форумом, які ще не були інкорпоровані у національну правову систему». Ілюстрацією слугує такий приклад: сторони можуть обрати Віденську конвенцію в якості застосовного права без посилання на правову систему держави, що ратифікувала її [9, с. 33-34]. Про lex mercatoria сказано лише в контексті того, що «в усіх випадках арбітражний трибунал повинен приймати рішення відповідно до умов договору та повинен брати до уваги торгові звичаї, застосовні до договору» (ч. 4 ст. 28).

Таким чином, ці два важливі для міжнародного комерційного арбітражу міжнародно-правові документи не дають прямої санкції на обрання сторонами lex mercatoria. В той же час гнучкість формулювання їх положень дозволяє тлумачити їх так, що вибір сторонами lex mercatoria не заборонений.

Судити про реальну ситуацію стосовно вибору сторонами в арбітражі lex mercatoria дуже важко, адже більшість арбітражних рішень та матеріалів справ є конфіденційними. Ті матеріали, що є у відкритому доступі, вказують все-таки на те, що сторони обирають lex mercatoria у формі Принципів УНІДРУА [11, с. 101]. Якщо ж сторони обирають lex mercatoria або «міжнародні торгові звичаї», або «міжнародне право», то сам арбітраж застосовує Принципи УНІДРУА, тобто lex mercatoria, оформлене у відповідний звід норм [14, 15, 16, 17]. Таким чином, самі арбітражі застосовують не абстрактне lex mercatoria, а lex mercatoria у формі Принципів УНІДРУА. Принаймні ми можемо зробити такий висновок на підставі рішень, що перебувають у відкритому доступі. В одній справі, що розглядалася Міжнародним арбітражним судом при Міжнародній торговій палаті (ICC, м. Париж) позивач посилався на Принципи УНІДРУА та ПЄДП, однак арбітраж відхилив застосування ПЄДП, зазначивши, що «вони являють собою академічне дослідження, на даному етапі недостатньо відоме міжнародному бізнес-товариству, та є попереднім кроком на шляху до створення майбутнього Європейського кодексу договорів (European Code of Contracts), який ще не введено в дію» [18].

Розглянемо, як вирішено питання можливості вибору сторонами lex mercatoria при розгляді спорів між ними в державних судах. Питання це врегульовано у міжнародно-правових документах, присвячених праву, що застосовується до договірних відносин. Більшість таких документів діє на регіональному рівні, а на універсальному рівні лише нещодавно було розроблено документ рекомендаційного характеру. Розглянемо ці документи у хронологічному порядку їх створення.

Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 року (далі – Римська конвенція) не вказувала прямо на те, що обране право має бути правом певної держави, однак із аналізу та системного і граматичного тлумачення норм випливало, що сторони могли обрати виключно державне право (ст. 2, 3) [1]. Міжамериканська конвенція про право, застосовне до міжнародних договорів 1994 року (далі – Конвенція Мехіко), що ідейно спиралася на положення Римської конвенції, гнучкіше підійшла до питання застосування lex mercatoria: з одного боку, відтворено правило про те, що сторони можуть обирати лише державне право (ст. 17), а, з іншого, передбачено, що суд при визначенні права, що підлягає застосуванню до договору, у разі відсутності вибору права сторонами, повинен, окрім іншого, брати до уваги «загальні принципи міжнародного комерційного права, визнані міжнародними організаціями» (ст. 9); крім того, «рекомендації, звичаї, принципи міжнародного комерційного права, а також загальновизнані комерційні узвичаєння і практики підлягають застосовуванню з метою виконання вимог правосуддя та справедливості у кожному конкретному випадку» (ст. 10) [3]. Ключовим словом тут є «підлягають» (shall apply), що означає, що положення ст. 10 є не правом, а обов'язком судді. Варто відзначити один термінологічний нюанс: на відміну від усіх розглядуваних нами документів Конвенція Мехіко не використовує класичне поняття «норми права» (rules of law), а послуговується поняттями, які використовуються в академічних текстах. Таким чином, в Конвенції Мехіко lex mercatoria відведена обов'язкова роль помічника судді при визначенні застосовного права, що стало, на наш погляд, прогресивним для 1990-х років.

При розробці Регламенту (ЄС) № 593/2008 Європейського парламенту та Ради від 17 червня 2008 року про право, застосовне до договірних зобов'язань (далі – Регламент Рим I), «наступника» Римської конвенції, звучали різні пропозиції: дозволити використовувати недержавні кодифікації на кшталт Принципів УНІДРУА та ПЄДП, або взагалі надати сторонам свободу обирати lex mercatoria. Другий варіант було відкинуто відразу, оскільки lex mercatoria не є «достатньо точним» [5, с. 5], але ідея щодо можливості обирати документи, як-от Принципи УНІДРУА та ПЄДП, знайшла своє втілення у проекті Регламенту Рим I. У фінальному тексті, однак, жодна з пропозицій відображена не була. Як і було раніше, сказано, що сторони можуть обирати лише національне право певної держави (ст. 2, 20) [6].

У Преамбулі Регламенту Рим I сказано, що цей регламент не перешкоджає сторонам включати шляхом відсилання у свій договір недержавний звід норм (a non-State body of law) або міжнародну конвенцію (п. 13). Це положення означає, що сторони можуть включити норми lex mercatoria у текст самого договору, однак ці норми не гратимуть роль права, що регулює договір по суті, вони просто являтимуть собою положення договору, які будуть обмежені імперативними нормами державного права, що регулюватиме договір по суті [12, с. 241; 13, с. 67]. Але навіть у цьому положенні європейський законодавець вказав на те, що норми lex mercatoria мають бути оформлені в певний звід.

Регламент Рим I заклав підвалини для можливої зміни регулювання питання можливості вибору lex mercatoria: якщо Спільнота прийме у формі відповідного правового інструмента матеріальні норми договірного права, включаючи стандартні положення та умови, такий інструмент може передбачити можливість обрання сторонами цих норм для їх застосування (п. 14). По-перше, слід звернути увагу на слово загального характеру «відповідний» (appropriate), яке передбачає, що майбутній документ може бути створений у будь-якій формі – формі регламенту, принципів, модельного закону тощо. Граматичний аналіз положення п. 14, де три головні дієслова вжито в умовному способові (should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules), вка-

зує на гіпотетичний характер можливості вибору сторонами недержавного права у майбутньому.

Останнім за часом документом, прийнятим на міжнародному рівні, стали Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах 2015 року, укладені в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права (далі – Гаазькі Принципи) [4]. Це документ необов'язкового характеру, задуманий для просування та якомога ширшого утвердження автономії волі сторін; це документ рекомендаційного характеру, який має на меті служити, серед іншого, в якості моделі для національного законодавця. У Гаазьких Принципах врегульовані найбільш важливі питання, що постають при виборі сторонами права, зокрема питання можливості вибору ненаціонального права. Гаазькі Принципи передбачають, що сторони можуть обрати «норми права» (rules of law), що є загальноприйнятими на міжнародному, наднаціональному або національному рівні і являють собою збалансований та нейтральний звід правил. Отже, йдеться саме про звід правил, але не про lex mercatoria в цілому. Коментатори Гаазьких Принципів наводять Принципи УНІДРУА в якості прикладу універсального зводу норм та ПЄДП в якості прикладу наднаціонального або регіонального зводу норм [4]. Обрати такі норми сторони можуть лише у разі, якщо право держави суду дозволяє такий вибір (ст. 3). Так, розробники Гаазьких Принципів, маючи на меті створити документ, що буде «прийнятий» міжнародною спільнотою в особі, перш за все, держав, у питанні можливості обрання сторонами lex mercatoria залишили останнє слово за державою. У Гаазьких Принципах відображена найбільш прогресивна і водночас найбільш зважена на сьогоднішній день позиція стосовно lex mercatoria: «визнання» в якості права, що може бути обране сторонами, таких джерел lex mercatoria як Принципи УНІДРУА, що представляють собою систематизовану збірку норм, створених авторитетним міжнародним форумом, лише у разі наявності санкції з боку держави, якщо ж такої санкції немає, тоді сторони можуть обрати лише право певної держави.

На сьогоднішній день Гаазькі Принципи були інкорпоровані в законодавство лише однієї держави – Парагваю [10]. Закон від 14 січня 2015 року № 5393 «Про право, застосовне до міжнародних договорів» говорить про те, що у поняття «право» включаються норми недержавного походження, що є загальновизнаними в якості зводу нейтральних та зважених норм (ст. 5) [10]. Так, це положення означає дозвіл Парагваю на обрання сторонами, наприклад, Принципів УНІДРУА або ПЄДП. На наш погляд, законодавчі зміни Парагваю треба вітати і сприймати їх як першу вісточку великих змін, що можуть відбутися у правовому регулюванні міжнародної торгівлі, якщо держави дозволять використовувати lex mercatoria у формі зводів правил, складених авторитетними організаціями.

Таким чином, на сьогоднішній день жоден міжнародно-правовий акт у сфері договірного права не дозволяє сторонам обирати lex mercatoria, незалежно від форми його вираження, у формі «загальних принципів права» або збірок на кшталт Принципів УНІДРУА, в якості права, що застосовується до договірних відносин між ними. Конвенція Мехіко на відміну від Римської конвенції та Регламенту Рим І зобов'язує суддів при розгляді спорів застосовувати рекомендації, звичаї, принципи міжнародного комерційного права, а також загальновизнані комерційні узвичаєння і практики. З розглядуваних нами міжнародно-правових документів лише Гаазькі Принципи санкціонують обрання сторонами lex mercatoria у формі збірок нейтральних та неупереджених норм, створених авторитетними інституціями, однак і це правило вони ставлять у залежність від схвалення держави суду. Творці Гаазьких Принципів, з одного боку, проявили значну «свободу» в питанні дозволу сторонам обирати lex mercatoria в якості застосовного права, однак, з іншого боку, вони обумовили таку можливість вимогою про те, що lex mercatoria має існувати у формі збалансованого та нейтрального зводу правил, загальноприйнятого на міжнародному, наднаціональному або національному рівні, а також схваленням держави. Попри такі обережні формулювання, Гаазькі Принципи без сумніву стали документом, що є найбільш прогресивним у питанні надання сторонам свободи у виборі lex mercatoria.

На наш погляд, формулювання Гаазьких Принципів є найбільш адекватними для реалій сьогодення: визнання lex mercatoria, але виключно у формі зводів норм, складених авторитетними міжнародними форумами. Таке формулювання є запорукою того, що обране сторонами право буде надійним, передбачуваним та об'єктивним правом і гарантуватиме принцип правової визначеності.

ЛІТЕРАТУРА

1. 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126(02).
2. Howarth R. J. Lex Mercatoria : can general principles of law govern international commercial contracts? / R. J. Howarth // Canterbury Law Review. – 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2004/2.html.
3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html.
4. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Text and Commentary [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135.
5. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) (presented by the Commission), 2005. – 24 p.
6. Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32008R0593.
7. Jessup Ph. C. Transnational Law / Ph. C. Jessup // Essays in Transnational Economic Law. – 2006. – № 50. – P. 45–55.
8. Di Pietro D. Applicable Law under Article 42 of the ICSID Convention / D. Di Pietro [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/applicable-law-under-article-42-of-the-icsid-convention/.
9. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
10. Ley № 5 393 sobre el derecho aplicable a los cotntratos internacionales // Gaceta oficial de la República del Paraguay. – Asunción. – 2015. – № 13. – P. 2–5.
11. IOANNIS KARDASSOPOULOS and RON FUCHS v. THE REPUBLIC OF GEORGIA (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15). – 2010. – 218 p.
12. Behr V. Rome I Regulation. A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships within Most of the European Union / V. Behr // Journal of Law and Commerce. – Vol. 29. – P. 233–272.
13. Garcimartín Alférez F. J. The Rome I Regulation : Much ado about nothing / F. J. Garcimartín Alférez // The European Legal Forum. Issue 2. – 2008. – P. 61–79.
14. ICC International Court of Arbitration 12040 (2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418.
15. ICC International Court of Arbitration 11575 (2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1417.
16. ICC International Court of Arbitration 13012 (2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409.
17. International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=857.
18. ICC International Court of Arbitration 12111 (2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=956.

РОЗДІЛ 4
ТРУДОВЕ ПРАВО

УДК 349.2(477):006.032

МЕХАНІЗМ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ТРУДОВИХ СТАНДАРТІВ

MECHANISM OF NATIONAL IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS

Грекова М.М.,
к.ю.н., доцент
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню механізму національної імплементації норм міжнародного права, зокрема міжнародних трудових стандартів на внутрішньодержавному рівні. Обґрунтовано положення про те, що імплементація міжнародних трудових стандартів здійснюється за допомогою як міжнародно-правових, так і внутрішньодержавних правових засобів.

Національну імплементацію міжнародних трудових стандартів запропоновано розглядати як правотворчу, організаційно-виконавчу та правотлумачну діяльність компетентних державних органів щодо створення умов ефективного застосування норм міжнародного права на території держави, спрямовану на фактичну реалізацію країною прийнятих на себе міжнародних зобов'язань у сфері трудових відносин.

Ключові слова: міжнародні трудові стандарти, імплементація, акти МОП, міжнародно-правове регулювання, механізм національної імплементації, удосконалення трудового законодавства.

Статья посвящена исследованию механизма национальной имплементации норм международного права, в том числе международных трудовых стандартов на внутригосударственном уровне. Обосновано положение о том, что имплементация международных трудовых стандартов осуществляется с помощью как международно-правовых, так и внутригосударственных правовых средств.

Национальную имплементацию международных трудовых стандартов предложено рассматривать как правотворческую, организационно-исполнительную и правотолковательную деятельность компетентных государственных органов по созданию условий эффективного применения норм международного права на территории государства, направленную на фактическую реализацию страной взятых на себя международных обязательств в сфере трудовых отношений.

Ключевые слова: международные трудовые стандарты, имплементация, акты МОТ, международно-правовое регулирование, механизм национальной имплементации, совершенствование трудового законодательства.

The article analyses the mechanism of implementation of international law, including international labor standards at the domestic level.

Grounded position that the implementation of international labor standards carried out by both international law and domestic legal means. The value of international legal means is, firstly, to create conditions for their proper implementation of international labor standards states that have already through national means to implement them in their own legal systems; secondly, the possibility of their impact on the implementation by states of their international obligations, including in the field of labor relations.

National implementation of international labor standards proposed seen as law-making, organizational and executive activities competent public authorities to create conditions for effective application of international law in the state aimed at the actual implementation of the country assumed international obligations in the field of labor relations.

It is proved that an effective mechanism for national implementation of international labor standards are the basis for the implementation of international standards in the legislation of Ukraine qualitative measure of effectiveness which stands prevalence implementing rules implemented in practice succeeding system for protecting human rights and freedoms.

Key words: international labor standards, implementation, ILO instruments, international regulation, national implementation mechanism, improving labor legislation.

Сучасний розвиток процесів інтеграції та інтернаціоналізації світової економічної політики держав зумовлює підвищення уваги до проблем імплементації норм міжнародного права на внутрішньодержавному рівні. Тому захист прав людини, в тому числі у галузі праці, вже не є справою однієї окремої держави і національного законодавства. Саме гармонізація положень законодавства України у сфері трудових відносин з міжнародними трудовими стандартами та їх імплементація у національне законодавство є загальними тенденціями поглиблення взаємозв'язків національного і міжнародного права та основним напрямом діяльності з удосконалення національного законодавства під їх впливом.

Так само, як і норма внутрішньодержавного права, міжнародно-правова норма є лише моделлю належної поведінки суб'єктів міжнародного права і відповідних міжнародних відносин. Але створення навіть оптимальної моделі відповідної поведінки держав без приведення у дію механізму міжнародно-правового регулювання не спричиняє автоматичного перетворення міжнародних відносин [1, с. 35], оскільки реалізація міжнародних норм є більш складним завданням, ніж їх прийняття.

З точки зору міжнародно-правового регулювання відносин у трудовій сфері питання про практичну реалізацію міжнародних норм має дуже важливе значення. Працівники лише тоді будуть мати реальну користь від діяльності міжнародних інституцій, зокрема Міжнародної Організації Праці (далі – МОП), якщо конвенції та рекомендації будуть реалізовані на практиці. Слід погодитися з думкою, що складність проблеми реалізації норм міжнародного права детермінована, перш за все, самою специфікою міжнародного права як особливої правової системи, яка регулює не внутрішньодержавні, а міждержавні (міжнародні) відносини [2, с. 64]. Тобто норми міжнародного права

справляють вплив на внутрішні правовідносини за допомогою національного права, у свою чергу їх зміст знаходить своє відображення у нормах права окремої країни. Саме тому досягнути успіху в імплементації міжнародних трудових стандартів у національне законодавство України можна не стільки через дії на міжнародному рівні, скільки самостійними зусиллями, завдяки активності її органів під час забезпечення основних трудових прав працівників. Таким чином, міжнародно-правове регулювання умов праці зазвичай перебуває у прямій залежності від стану справ у самій державі, тобто переважна більшість міжнародно-правових норм, які містяться в міжнародних договорах у сфері трудових відносин реалізується через національний механізм імплементації.

Метою статті є дослідження особливостей механізму національної імплементації міжнародних трудових стандартів та обґрунтування шляхів його удосконалення.

Для повноти розуміння змісту категорії механізму національної імплементації міжнародних трудових стандартів першочергового значення набуває з'ясування та визначення поняття імплементації взагалі та національної імплементації міжнародних трудових стандартів зокрема.

Найбільш чітке і повне визначення імплементації норм міжнародного права, на наш погляд, подав А. С. Гавердовський: «Імплементація норм міжнародного права – це цілеспрямована організаційно-правова діяльність держав, яка здійснюється індивідуально, колективно або в межах міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної та повної реалізації прийнятих ними у відповідності з міжнародним правом зобов'язань» [1, с. 62].

При цьому слід погодитися з М. О. Баймуратовим, який щодо наведеного визначення вказує на те, що імплементація виступає як підготовча стадія, котра є об'єктивно необхідною для забезпечення своєчасної та всебічної реалізації міжнародно-правових норм. Імплементація норм міжнародного права, зокрема в галузі праці, полягає не лише у правотворчій діяльності країни. Вона полягає також у проведенні комплексу заходів організаційного характеру, котрі спрямовані на безпосередню реалізацію міжнародно-правових норм [3, с. 34].

Е. М. Аметистов виділяє три групи факторів, які впливають на імплементацію міжнародних норм про працю. До першої з них відносяться зовнішні фактори – зміст, соціальні та юридичні особливості самих міжнародних норм про працю, а також існуючий у сфері міжнародного регулювання праці механізм міжнародного контролю за застосуванням відповідних договорів, конвенцій і рекомендацій. Друга група факторів має змішаний характер, тобто включає як зовнішні, так і внутрішні фактори, і пов'язана з однією з найбільш складних проблем міжнародно-правової науки – проблемою співвідношення міжнародного і внутрішньодержавного права. Позиції держав під час вирішення цієї проблеми визначаються, з одного боку, юридичною природою міжнародного права, а, з іншого боку, – особливостями національних правових систем. Ці позиції впливають на внутрішньодержавну імплементацію не тільки міжнародних норм про працю, але й усіх інших норм міжнародного права. І, нарешті, третя група – це внутрішні юридичні, політичні, соціально-економічні та інші фактори, які діють в окремих державах і справляють вплив на процес і результати усередині правової імплементації саме міжнародних норм про працю. До них відносяться особливості національного трудового права і ступінь його відповідності міжнародним нормам про працю, судова практика по трудових справах, а також такі неюридичні фактори, котрі впливають на характер юридичних норм і практику їх застосування, а саме: соціально-економічний устрій, рівень економічного розвитку, спрямованість соціальної політики держав, ступінь організованості, свідомості й активності робітничого руху, національні, історичні та інші особливості даної країни [4, с. 11-12].

Як справедливо зазначив А. С. Гавердовський, успішне вирішення завдання щодо підвищення ефективності впливу міжнародно-правових норм на регульовані ними відносини прямо залежить від розробки державами на національному й міжнародному рівнях заходів, спрямованих на реалізацію взаємно погоджених ними правових приписів [1, с. 5]. Але при цьому він наголошував, що міжнародний організаційно-правовий механізм здійснення норм міжнародного права необхідно розглядати лише як додатковий засіб, котрий сприяє діяльності держав щодо виконання прийнятих на себе зобов'язань за міжнародним правом [1, с. 62]. Таким чином, головне значення він надавав саме імплементації міжнародних норм на національному рівні.

Серед сучасних авторів цьому питанню на загальнотеоретичному рівні присвячена дисертаційна робота Н. М. Раданович [5], у якій розглянуто широке коло теоретичних і практичних питань, що стосуються саме національної імплементації міжнародних договорів щодо прав людини. Так, вона пропонує під цим поняттям розуміти процес юридичного опосередковування реалізації норм міжнародного права на території держави, здійснюваний шляхом не тільки правотворчої та організаційно-виконавчої, але й правозастосувальної та правотлумачної діяльності державних органів [5, с. 10].

Вважаємо, що пропозиція щодо включення у зміст правової категорії національної імплементації норм міжнародного права правозастосувальної діяльності державних органів є дискусійною, і не можемо у повній мірі погодитися з цим, оскільки: по-перше, імплементація виступає підготовчою стадією для забезпечення фактичної реалізації міжнародно-правових норм, а правозастосування є саме формою реалізації; по-друге, діяльність Європейського Суду з прав людини щодо застосування міжнародних договорів про права людини більш властива імплементації саме на міжнародному, а не національному рівні, що обумовлено характером його діяльності та опосередкуванням впливу його рішень на діяльність органів державної влади на національному рівні. Тобто, можна зробити висновок про те, що процес правозастосовної діяльності державних органів влади не може бути включений до змісту національної імплементації норм міжнародного права.

Отже, на основі загальних положень про співвідношення цілого та частини, а також враховуючи розуміння визначення міжнародних трудових стандартів, можна дійти висновку, що національна імплементація міжнародних трудових стандартів – це правотворча, організаційно-виконавча та правотлумачна діяльність компетентних державних органів щодо створення умов ефективного застосування норм міжнародного права на території держави, яка спрямована на фактичну реалізацію країною прийнятих на себе міжнародних зобов'язань у сфері трудових відносин.

Імплементація, як і будь-яка інша правова категорія, потребує визначення певного порядку її впливу на законодавство, що, у свою чергу, забезпечується завдяки дії механізму імплементації. Лише наявність у правовій системі кожної окремої країни правового механізму, за допомогою якого забезпечується підготовка до реалізації на національному рівні прийнятих зобов'язань за міжнародними договорами, дозволяє досягти ефективного переведення домовленостей між країнами із нормативної сфери в індивідуальне використання, в тому числі і у сфері трудової діяльності.

В аспекті дослідження механізму імплементації міжнародно-правових норм необхідно зазначити, що він містить у собі певну сукупність правових та інституційних способів, які використовуються суб'єктами міжнародного права на міжнародному і національному рівнях з метою реалізації норм міжнародного права. Юридична категорія «механізм» означає в даному випадку тісний органічний

взаємозв'язок правових (міжнародно-правових і національно-правових) та інституційних способів, які застосовуються під час імплементації норм міжнародного права [1, с. 92].

Додатково в юридичній літературі виділяють також функціональну складову в механізмі імплементації міжнародних договорів, під якою розуміють його динамічне вираження, яке відбиває сукупність зумовлених і не зумовлених відповідними конституційно-правовими приписами стійких взаємозв'язків, що виникають між конституційно уповноваженими органами під час застосування імплементаційних заходів і засобів [6, с. 13]. Проте, виділення даної складової як елементу механізму імплементації, на нашу думку, є невиправданим, оскільки взаємодія між уповноваженими органами під час застосування імплементаційних заходів виникає та існує за його межами як результат дії норм права та організаційної системи механізму, та є динамічним вираженням процесу імплементації.

Таким чином, в механізмі імплементації міжнародних трудових стандартів на національному рівні можна виділити два елементи: а) систему національних нормативно-правових актів, яка встановлює основні засади здійснення національної імплементації міжнародних трудових стандартів; б) систему державних органів, які уповноважені на імплементацію міжнародно-правових норм з метою своєчасної, всебічної та повної реалізації прийнятих державою у відповідності з міжнародним правом зобов'язань.

При цьому, зміст елементів національного імплементаційного механізму щодо імплементації міжнародних трудових стандартів потребує більш детального дослідження. Відразу відзначимо, що неможливо виконати завдання, які стоять перед органами державної влади щодо імплементації міжнародних трудових стандартів, без нормативної складової цього механізму. Він являє собою систему нормативно-правових актів, спрямовану на регулювання діяльності та взаємодію державних органів у процесі національної імплементації міжнародних договорів взагалі та у сфері трудових відносин зокрема. До таких актів можна віднести:

– по-перше, нормативно-правові акти загального характеру, які регулюють питання співвідношення міжнародного та національного права взагалі та у сфері трудових відносин зокрема, а також питання укладення, виконання, припинення дії міжнародних договорів та повноваження (компетенцію) державних органів щодо питань імплементації міжнародних норм. До таких актів слід віднести Конституцію України, Закон України «Про міжнародні договори України», Закон України «Про Конституційний Суд України», Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», Регламент Верховної Ради України тощо;

– по-друге, національні імплементаційно-правові акти, метою яких є надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародних трудових стандартів. Прикладом безпосереднього імплементаційного акту є Закон України «Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці № 105 «Про скасування примусової праці» (1957 рік) [7]; підготовчим актом вищого органу виконавчої влади можна назвати постанову Кабінету Міністрів України «Про подання на ратифікацію Верховною Радою України Конвенції Міжнародної організації праці № 105 про скасування примусової праці (1957 рік)» [8];

– по-третє, національні нормативно-правові акти, прийняті з метою приведення національного трудового законодавства у відповідність до вимог міжнародних трудових стандартів. Прикладом таких актів можна визнати Закон України «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України» (1999 р.), яким було внесено відповідні зміни до ч. 3 ст. 21 КЗпП з метою приведення національного законодавства у відповідність до вимог, ратифікованої Україною у 1994 році, Конвенції МОП № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця» (1982 рік) [9];

– по-четверте, правотлумачні та роз'яснювальні акти компетентних державних органів щодо змісту окремих міжнародних трудових стандартів, які приймаються з метою більш ефективної реалізації міжнародних зобов'язань по міжнародних трудових стандартах. Так, у Листі Міністерства праці та соціальної політики України від 11 липня 2008 року № 2906/0/10–08/013 «Щодо застосування Конвенцій Міжнародної організації праці» надано роз'яснення щодо практичного застосування норм Конвенцій МОП № 81 «Про інспекцію праці» (1947 рік) [10] та № 129 «Про інспекцію праці в сільському господарстві» (1969 рік) [10].

Ефективність національної імплементації будь-яких міжнародних договорів залежить від обраної державою концепції співвідношення міжнародного і національного права, а питання щодо виконання державою своїх міжнародних зобов'язань, зокрема у сфері трудових відносин, є важливим аспектом теорії їх співвідношення.

Система застосування міжнародного права в національному праві України ґрунтується на таких засадах:

– по-перше, норми міжнародних договорів, які введено в національне законодавство України ратифікаційним законом, набувають статусу норм національного законодавства та підлягають застосуванню;

– по-друге, у разі колізії норм ратифікованого договору і норм національного законодавства перші мають вищу юридичну силу над другими та підлягають пріоритетному застосуванню.

Міжнародні трудові стандарти, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, в силу положень ч. 1 ст. 9 Конституції України, стають частиною національного законодавства, що передбачає поширення їх прямої дії при регулюванні трудових відносин в Україні. Відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Іншими словами, у даному випадку однозначно рекомендовано вирішувати колізії національного та міжнародного права на користь міжнародних норм.

У свою чергу, з метою недопущення погіршення становища працівників слід враховувати положення Європейської соціальної хартії [11], де визначається ставлення держави до міжнародного акту як такого, що може застосовуватись без шкоди положенням внутрішнього законодавства, яким захищеним особам може надаватись більш сприятливий режим. У зв'язку з цим необхідно більш виважено підходити до вирішення питання про надання переваги укладеним Україною міжнародним договорам відносно положень національного законодавства, оскільки Конституцією України зазначено, що ці акти є частиною національного законодавства (ст. 9), тобто рівноцінними із іншими внутрішніми актами законодавства, прийнятими на основі Конституції (ст. 8).

Переважна більшість міжнародних договорів, спрямованих на регулювання трудових відносин, підлягають ратифікації. Цей процес – неодмінна умова їх використання для регламентації внутрішньодержавних відносин. Однак законодавчій практиці відомі випадки вирішення колізій між національним і міжнародними приписами на користь приписів нератифікованих міжнародних угод, зокрема конвенцій МОП. Наприклад, керуючись вимогами, закріпленими в Конвенціях МОП № 131 «Про встановлення мінімальної заробітної плати», № 132 «Про оплачувані відпустки», № 158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця» та інших, Комітет Конституційного нагляду СРСР 04 квітня 1991 року дав висновок, в якому визнав деякі положення законодавства про працю ко-

лишнього СРСР такими, що не підлягають застосуванню. Результатом стало закріплення за тимчасовими працівниками права на відпустку, виключення із загальних підстав розірвання трудового договору звільнення у зв'язку з досягненням пенсійного віку, встановлення оплати праці, у розмірі не нижче, передбаченого законом мінімуму [12].

Як зазначає О. М. Ярошенко, незважаючи на позитивний ефект подібного застосування міжнародних норм для підвищення рівня гарантій захисту трудових прав працівників, з формально-юридичної точки зору воно навряд чи може бути визнано правомірним, оскільки викликає розмивання меж внутрішнього права країни [13, с. 75]. Наведене положення застосовується щодо міжнародних трудових стандартів цілком справедливо, і з цим висновком слід повністю погодитись.

Між тим, у механізмі впливу міжнародних стандартів на правозастосовну практику в Україні можна виділити і таку складову, як запозичення норм окремих нератифікованих нашою державою міжнародних договорів для використання на практиці. Наприклад, з метою підвищення рівня гарантій захисту трудових прав надомних працівників на правозастосовному рівні, оскільки це питання недостатньо врегульовано чинним законодавством, існує можливість застосування положень нератифікованої Конвенції МОП № 177 «Про надомну працю» (1996 рік). Нею визначено поняття «надомна праця», «надомник»; встановлено, що національна політика в галузі надомної праці повинна, в міру можливості, сприяти рівності надомників та інших найманих працівників. Рівність у ставленні повинна заохочуватися, зокрема, щодо: a) права надомників на створення організацій або вступ до організацій за їхнім власним вибором та на участь у діяльності таких організацій; b) захисту від дискримінації в галузі праці й занять; c) захисту в галузі безпеки та гігієни праці; d) оплати праці; e) захисту шляхом встановлених законодавством систем соціального забезпечення; f) доступу до професійної підготовки; g) мінімального віку прийняття на роботу чи допуску до трудової діяльності; і h) захисту материнства (ч. 2 ст. 4).

Існує можливість шляхом застосування положень нератифікованих конвенцій підвищити рівень забезпечення встановлених нормами внутрішнього законодавства прав жінок. Так, у ст. 9 Конвенції № 183 МОП «Про охорону материнства» (2000 рік) закріплені заходи, які забезпечують неможливість дискримінації у галузі зайнятості жінок у зв'язку з їх вагітністю та пологами. Ці заходи включають заборону вимагати проведення аналізу на вагітність або надання довідки про проведення такого аналізу під час влаштування жінки на роботу.

Положення Рекомендації МОП № 95 щодо охорони материнства містять більш високі нормативи щодо перерви для годування дитини. Так, відповідно до п. 3.1 перерви в роботі для годування немовлят повинні, по можливості, становити загалом не менше ніж півтори години протягом робочого дня, причому у разі пред'явлення лікарняної довідки частота і тривалість перерви для годування немовлят повинні відповідним чином змінюватись.

Підвищені гарантії охорони здоров'я працівників, які працюють у нічний час, закріплено і у нератифікованій Конвенції МОП № 171 «Про нічну працю» (1990 рік). Їм надається право проходити безплатне медичне обстеження та надання консультації щодо того, як уникнути шкоди для здоров'я, пов'язаної з їхньою роботою або зменшити її: перед призначенням працівника як такого, що працює у нічний час; через регулярні проміжки часу протягом виконання такої роботи; якщо протягом виконання такої роботи спостерігається погіршення здоров'я, спричинене факторами, пов'язаними з роботою у нічний час.

До тенденцій сучасного регулювання робочого часу відноситься широке використання нестандартних режимів робочого часу, поступове скорочення тривалості робочого часу, встановлення неповного робочого дня або тижня за допомогою колективно-договірного регулювання. Слід відмітити, що міжнародні трудові стандарти детально регулюють питання про роботу на умовах неповного робочого часу.

Відповідно до положень Рекомендації № 182 МОП, яка містить норми, що доповнюють Конвенцію № 175 «Про роботу на умовах неповного робочого часу» (1994 рік), трудовий стаж, необхідний для застосування норм з охорони праці працівників, які зайняті неповний робочий час, не повинен бути більш тривалим, ніж для працівників з повною зайнятістю; відмова працівника перейти з повного робочого на неповний робочий час, та навпаки, не повинна бути підставою для його звільнення. У відповідності з цією Рекомендацією працівників, зайнятих неповний робочий час, необхідно письмово інформувати про специфічні умови праці.

Тому вважаємо, що соціальна політика України тільки б виграла, якщо б рівень забезпечення встановлених нормами внутрішнього законодавства прав у трудовій сфері був підвищений шляхом запозичення норм нератифікованих міжнародних договорів. Якщо у держави не вистачає внутрішніх ресурсів для забезпечення виконання всіх положень певного міжнародного акту, то чому б не використати окремі норми нератифікованих конвенцій на правозастосовному рівні? Наприклад, їх можна застосовувати соціальними партнерами у переговорах щодо укладання колективних договорів та угод у соціально-трудовій сфері як кращий світовий досвід регулювання певних видів трудових відносин.

У більшості випадків значна кількість міжнародних договорів у сфері трудових відносин не легалізується у встановленому законом порядку в зв'язку з відсутністю економічної основи та соціальних передумов для їх ратифікації у масштабах держави, оскільки ратифікація конвенцій МОП передбачає особливі зобов'язання щодо їх виконання. Практика свідчить про складність застосування конвенцій, що були ратифіковані без належного аналізу національного законодавства і попередньої підготовки відповідних нормативних правових актів. Ратифікація – це важливе та складне питання державного рівня, і воно вимагає ретельної економічної і юридичної оцінки наявних можливостей. При підготовці матеріалів щодо ратифікації конвенцій МОП важливо чітко дотримуватися положень Закону України «Про міжнародні договори України». Ратифікація, в жодному випадку, не самоціль, а підсумок соціально-економічного розвитку країни, що дозволяє брати на себе реальні зобов'язання по дотриманню міжнародних трудових стандартів.

Проте, для суб'єктів трудових відносин та суб'єктів правозастосування вирішення питання про можливість застосування норм нератифікованих міжнародних договорів пов'язано лише з їх волевиявленням на використання вказаних норм і відбувається за межами державного впливу або у випадку застосування аналогії права. Для вказаних суб'єктів норми нератифікованих міжнародних договорів встановлюють орієнтир стандартів не з точки зору юридичної техніки, а загальновизнаних соціальних цінностей. При цьому, єдиним застереженням для суб'єктів трудових відносин під час застосування цих норм є положення чинного законодавства, зокрема ст. 9 КЗпП, щодо недійсності умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством України про працю.

Розглядаючи механізм імплементації на національному рівні, слід також визначити систему державних органів, які уповноважені на імплементацію міжнародно-правових норм з метою своєчасної, всебічної та повної реалізації прийнятих державою у відповідності з міжнародним правом зобов'язань.

Даний елемент правового механізму національної імплементації міжнародних трудових стандартів включає діяль-

ність органів державної влади, які наділені повноваженнями щодо втілення в життя пріоритетних напрямів діяльності держави та організації взаємодії з іншими суб'єктами міжнародних відносин. Визначені Конституцією України повноваження стосовно імплементації міжнародних договорів виходять з функціональної компетенції кожної з гілок органів влади (законодавчої, виконавчої та судової).

Виокремлення державних органів, які відповідно до законодавства наділені повноваженнями щодо імплементації міжнародних трудових стандартів, є умовним, оскільки більшість з цих органів мають повноваження не тільки у сфері зовнішньої політики. Тобто, участь того або іншого органу в імплементації міжнародних норм може і не бути головним його обов'язком, але, виконуючи функції, якими державні органи наділені відповідно до законодавства у цій сфері, вони тим самим функціонально залучаються до правового механізму імплементації міжнародних трудових стандартів. До органів державної влади, котрі входять до організаційно-правового механізму національної імплементації норм міжнародних договорів у сфері трудових відносин, слід віднести: Верховну Раду України, Президента України, Кабінет Міністрів України, Конституційний Суд України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Верховний Суд України, Національний банк України, Генеральну прокуратуру України, окремі міністерства та інші центральні органи виконавчої влади (наприклад, Міністерство закордонних справ України, Міністерство юстиції України, Міністерство соціальної політики України, Міністерство охорони здоров'я України тощо).

Отже, є підстави стверджувати, що ефективно діючий механізм національної імплементації міжнародних трудових стандартів є основою для впровадження міжнародних стандартів у законодавство України, якісним показником дії якого виступає можливість реалізації імплементованих норм на практиці. При цьому, механізм імплементації повинен бути спрямований не тільки на впровадження нових міжнародних трудових стандартів у національне законодавство, але і на досягнення ефективної реалізації вже імплементованих стандартів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права / А. С. Гавердовский. – К. : Вища школа. Головное изд-во, 1980. – 320 с.

2. Усенко Е. Т. Теоретические проблемы соотношения международного и внутригосударственного права / Е. Т. Усенко // Советский ежегодник международного права. – М., 1979. – С. 57–86.

3. Баймуратов М. О. Актуальні проблеми національної імплементації Україною норм міжнародних конвенцій / М. О. Баймуратов // Юридична Україна. – 2003. – № 1. – С. 33–36.

4. Аметистов Э. М. Международное право и труд : Факторы имплементации международных норм о труде / Э. М. Аметистов. – М. : Международные отношения, 1982. – 272 с.

5. Раданович Н. М. Національна імплементація міжнародних договорів щодо прав людини : загальнотеоретичне дослідження (на матеріалах впровадження Конвенції про захист прав і основних свобод людини) : автореф. дис…. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.01 «теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових вчень» / Н. М. Раданович. – Львів, 2000. – 24 с.

6. Терлецький Д. С. Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні : автореф. дис…. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.02 «конституційне право» / Д. С. Терлецький. – Одеса, 2007. – 20 с.

7. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці № 105 «Про скасування примусової праці» (1957 р.) : Закон України від 05 жовтня 2000 року № 2021–III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 48. – Ст. 411.

8. Про подання на ратифікацію Верховною Радою України Конвенції Міжнародної організації праці № 105 «Про скасування примусової праці» (1957 р.) : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 червня 2000 року № 1005 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 59. – Ст. 982.

9. Міжнародне законодавство про охорону праці : Конвенції та рекомендації МОП. У 3-х т. / Упорядник Е. М. Теличко. – Т. 2. – К. : Основа, 1997. – 437 с.

10. Міжнародне законодавство про охорону праці : Конвенції та рекомендації МОП. У 3-х т. / Упорядник Е. М. Теличко. – Т. 3. – К. : Основа, 1997. – 342 с.

11. Європейська соціальна хартія (переглянута) від 03 травня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 51.

12. О положениях законодательства, ограничивающих равенство возможностей граждан в области труда и занятий : Заключение Комитета Конституционного надзора СССР от 04 апреля 1991 года // Ведомости съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. – 1991. – № 17. – Ст. 501.

13. Ярошенко О. М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України : [монографія] / О. М. Ярошенко. – Х. : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. – 465 с.

УДК 349.2

ПРОЯВ ФУНКЦІЙ ТРУДОВОГО ПРАВА У СФЕРІ ТУРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

THE DEMONSTRATION OF FUNCTIONS OF LABOR LAW IN SPHERE OF TOURISM

Жукова А.І.,
к.філос.н., викладач
Харківський торговельно-економічний інститут
Київського національного торговельно-економічного університету

Стаття присвячена дослідженню специфіки розуміння функцій трудового права у сфері туристичної діяльності. Автор визначає функції трудового права як напрямки діяльності трудового права щодо ефективного впорядкування та врегулювання туристичних відносин, пов'язаних з використанням здатності людини до праці, шляхом установлення та реалізації на основних (магістральних) напрямках норм права. Автором виділяються три основні функції трудового права у сфері туризму: соціальна, захисна та економічна.

Ключові слова: функції, туристична діяльність, трудове право, соціальне призначення, захист інтересів працівника.

Статья посвящена исследованию специфики понимания функций трудового права в сфере туристической деятельности. Автор определяет функции трудового права как направления деятельности трудового права относительно эффективного упорядочения и урегулирования туристических отношений, связанных с использованием способности человека к труду, путем установления и реализации на основных (магистральных) направлениях норм права. Автором выделяются три основные функции трудового права в сфере туризма: социальная, защитная и экономическая.

Ключевые слова: функции, трудовое право, социальное назначение, защита интересов работника.

The article investigates the specific understanding of the functions of labor law in the area of tourism. The author defines the functions of labor law as areas of labor law to effectively organize and regulate touristic relations associated with the use of a person's ability to work, by establishing and implementing on basic (main) areas of the law. The author noticed three main functions of labor law in the area of tourism: social, protection and economic. It is emphasized that the post-industrial development of human civilization in tourism industry to maximizes the individual needs of the workplace. That's why in labor law must be allocated a personal function. The efficiency of functioning of tourist industry largely depends on the conditions of labor rights. That's why so important is to define the basic principles of labor law functions that directly affect the relationship between the process and the result of work of the company.

The gradual improvement of social and economic life of the population of the country increasing his needs for rest and leisure, increasing visiting tourist flows which stimulate the development of tourism sector, it leads to increase number of employees in the tourism industry. The development of human resources, enhancing the prestige of labor and other professional activities in the tourism industry to direct depends on the software implementation of the functions of labor law.

Key words: functions, tourism activity, labor law, social appointment, protection of employee interests.

Будь-яке явище соціальної дійсності може реалізувати своє призначення лише в тому випадку, якщо буде функціонувати. Ефективність функціонування туристичної діяльності в значній мірі залежить від організації умов праці людини, які на пряму залежать від всебічної реалізації функцій трудового права. Тому важливим вбачається визначити основні засади функцій трудового права, які впливають на зв'язок між процесом праці та результатом розвитку компанії. По тому, які функції здійснює те або інше явище соціальної дійсності, яким чином відбувається реалізація цих функцій і з якою ефективністю, можна судити про саме явище, його основні риси, значення у житті суспільства й місце у системі подібних соціальних явищ, а також про перспективи його існування та розвитку.

Туризм, оскільки є специфічною сферою діяльності, яка об'єднує соціальну, культурну та ділову активність суспільства, потребує опори на розвинену систему застосування функцій трудового права. Адже функції виражають сутність явища – те головне, основне, визначальне, що обумовлює його специфіку, його природу, робить його «самим собою». У даному аспекті трудові відносини як правове явище мають складну структуру та є внутрішньо суперечливими. Очевидно, що працівник і роботодавець при здійсненні туристичної діяльності зацікавлені у відносній стабільності трудових відносин та у силу цілого комплексу причин просто не можуть існувати один без одного. У той же час інтереси працівників і роботодавців багато у чому протилежні. Працівник, насамперед, зацікавлений у збільшенні заробітної плати, поліпшенні умов праці, зменшенні робочого часу та збільшенні часу відпочинку. Роботодавець, навпаки, зацікавлений у підвищенні прибутку, росту продуктивності праці, зменшенні витрат виробництва. Виходячи з даної сутності трудових відносин, і виникає необхідність досліджувати функції трудового права у сфері туризму.

Функції трудового права стали предметом дослідження багатьох науковців у галузі трудового права, серед яких необхідно відзначити Н. Г. Александрова, В. Я. Бурака, Й. С. Войтинського, Н. І. Дейч, С. О. Іванова, І. Я. Киселькова, А. М. Лушнікова, М. В. Лушнікову, А. С. Пашкова, В. І. Щербину. Означеним дослідникам вдалось розкрити сутність функцій трудового права, надати їм оптимальну класифікацію. Теоретичні питання, які пов'язані зі здійсненням туристичної діяльності, розглядали О. П. Анисимов, І. А. Біла, М. Б. Біржаков, Я. В. Вольвач, В. Ф. Горягін, О. Ю. Гуслякова, Я. А. Дубенюк, С. В. Злобін, Н. А. Опанасюк, А. Я. Риженков, І. А. Колупанова. У свою чергу, дослідження функцій трудового права у сфері здійснення туристичної діяльності ставить собі за мету автор цієї статті.

Метою статті є дослідження специфіки розуміння втілення функцій трудового права при здійсненні туристичної діяльності.

Слово «функція» походить від лат. «function» і розуміється як «здійснення». У свою чергу, функція права у її класичному розумінні являє собою єдність двох моментів: а) ролі (призначення) права в суспільстві; б) основних напрямків його впливу на суспільні відносини [1, с. 16].

На думку Ю. Г. Ткаченко, під функціями права варто розуміти конкретну роль (дію) права з організації суспільних відносин [2, с. 34]. В. М. Горшеньов пропонує розглядати функції права у широкому й вузькому сенсі. У широкому сенсі функції права розкривають узагальнену характеристику правового впливу на суспільні відносини, за якого регулювання є лише одним зі способів вираження службової ролі права. Функції права у вузькому сенсі

розкривають можливості власне правового регулятивного впливу, показують, як проявляється соціальне призначення права – регулювати суспільні відносини залежно від характеру та значення для соціального розвитку [3, с. 36].

Р. В. Енгібарян вважає, що під функціями права треба розуміти певні напрямки впливу права на суспільні відносини або поведінку людей. Функції права не можна ототожнювати із самим впливом права на суспільні відносини або поведінку людей, оскільки такий вплив може бути найрізноманітнішим. Функції права передбачають тільки безпосередній вплив права на суспільні відносини або поведінку людей і кожна функція права розглядається як певний напрямок, лінія такого впливу [4, с. 21].

Отже, під функціями права варто розуміти певні напрямки його впливу на суспільні відносини або поведінку людей, що виражають сутність, призначення та роль права у суспільстві. Створення умов праці передбачає створення безпечних умов праці для співробітників, дотримання норм психофізіології праці, ергономіки, технічної естетики тощо. На думку О. А. Гарвата, в аспекті забезпечення кадрової безпеки система управління персоналу туристичної компанії має забезпечити її персоналу належні й безпечні умови праці, високий рівень захисту від «неадекватних» клієнтів, нерозголошення персональних даних персоналу, супровід їх до місця роботи та під час виконання ними професійних обов'язків, а також підтримку персоналу у різних, несприятливих для них, ситуаціях [5, с. 241].

Функція права – завжди реалізація його соціального призначення. Соціальне призначення права формується, складається з потреб суспільного розвитку. Відповідно до потреб, соціальних необхідностей суспільства створюються закони, спрямовані на створення, зміну, припинення певних відносин, їх регулювання або охорону. Причому те або інше призначення права тим важливіше, чим гостріше потреба (необхідність) саме у конкретній поточній ситуації, яка відповідає соціальній ролі права – закріпити, захистити або направити розвиток певних суспільних відносин. Про забезпечення виконання соціальних функцій трудового права у ст. 9 вказує Глобальний етичний кодекс туризму, відповідно до якого основні права найманих і незалежних працівників туристичної індустрії і суміжних галузей необхідно гарантувати під контролем адміністрацій як держав їх походження, так і приймаючих країн, з урахуванням специфічних обмежень, пов'язаних, зокрема, із сезонним характером їх діяльності, глобальним масштабом туристської індустрії і гнучкістю, яка вимагається від них у зв'язку із характером їх роботи [6].

Слід зазначити, що у трудовому праві поняття функцій довгий час не досліджувалося та розумілось скоріше через загальне призначення трудового права. Першим сформулював поняття функцій трудового права С. О. Іванов. Характеризуючи функції трудового права, С. О. Іванов визначає їх як основні напрямки правового впливу на волю, поведінку людей, на суспільні відносини [7, с. 23]. У сучасних дослідженнях А. М. Лушніков і М. В. Лушнікова під функціями трудового права пропонують розуміти основний напрямок його правового впливу на суспільні відносини, що складаються із приводу організації та застосування найманої праці [8, с. 84]. В. Н. Толкунова дає наступне тлумачення функцій трудового права: «Функції трудового права – це основні напрямки впливу його норм на поведінку (через свідомість, волю) людей у процесі праці для досягнення завдань і цілей даної галузі права» [9, с. 21]. На думку Н. І. Дейч, функція трудового права визначається як різновид галузевої функції права, основною ознакою якої є забезпечення інтересів суб'єктів трудового права шляхом їх розмежування, захисту, стимулювання [10, с. 278].

Зростання обсягів туризму впливає позитивно на економіку країн, створюючи додаткові робочі місця, сприяючи розвитку малого підприємництва [11, с. 332]. Сучасний розвиток туризму в Україні характеризується наявністю глибоких протиріч у його організаційній структурі, стані якісних і кількісних характеристик. Тому вкрай необхідно для стабілізування ситуації застосовувати відповідну класифікацію функцій трудового права.

Що стосується класифікації функцій трудового права, то у сучасній літературі наявні наступні точки зору із приводу функцій трудового права. Ф. Б. Штівельберг виділяє соціальну, захисну та економічну функції трудового права. На думку вченого, соціальна функція покликана забезпечити рівні можливості у сфері праці особам, які виконують трудові функції в умовах, які відрізняються від нормальних (шкідливі, небезпечні умови праці). Захисна функція забезпечує захист прав та інтересів працівників, чиї можливості при здійсненні трудових функцій обмежені (жінки, працівники у віці до 18 років, інваліди). Економічна функція сприяє досягненню найбільшої продуктивності праці та реалізації виробничого завдання трудового права [15, с. 13]. В. Я. Бурак визначає, що законодавство про працю переслідує дві мети: соціальну – захист інтересів і прав працівника та економічну – стимулювання розвитку виробництва [16, с. 14].

Таким чином, можна відмітити, що на сучасному етапі розвитку трудового права основними функціями цієї галузі права є соціальна, захисна та економічна (виробнича) функції. Тому соціальний розвиток та соціальне партнерство повинно відображати діяльність туристичної компанії в аспекті формування та розвитку корпоративної соціальної відповідальності.

Організація трудових відносин у туристичних компаніях повинна бути спрямована на оцінювання виконання персоналом своїх функціональних обов'язків, формування у співробітників почуття відповідальності, аналіз та регулювання групових і міжособистісних відносин, управління виробничими конфліктами та стресами, соціально-психологічну діагностику, встановлення норм корпоративної культури. Крім того, як зазначає О. А. Гарват, правове та інформаційне забезпечення процесу управління персоналом у сфері туризму спрямоване на вирішення правових питань трудових відносин, підготовку нормативних документів, що їх регулюють, забезпечення необхідною інформацією всіх підрозділів управління персоналом [5, с. 240].

Крім того, пріоритет економічної (виробничої) функції трудового права був проголошений у ст. 1 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпПУ) 1971 року: «Кодекс законів про працю України регулює трудові відносини всіх працівників, сприяючи зростанню продуктивності праці, поліпшенню якості роботи, підвищенню ефективності суспільного виробництва і піднесенню на цій основі матеріального і культурного рівня життя трудящих, зміцненню трудової дисципліни і поступовому перетворенню праці на благо суспільства в першу життєву потребу кожної працездатної людини» [12]. Доречно навести приклад Закону України «Про охорону праці», в якому закріплено визначення охорони праці як системи правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження життя, здоров'я і працездатності людини у процесі трудової діяльності [13]. У туристичній діяльності діють ті ж трудові норми, які поширюються на всі галузі економіки незалежно від виду власності. Дотримання правових основ трудових відносин, регламентованих КЗпПУ, та спеціальних законів з обов'язковим чергуванням роботи і відпочинку має вирішальне значення для збереження здоров'я працівників.

Економічна функція виражається у сучасних умовах наступним чином. Зростання інвестицій у туристичну сферу України веде до створення туристичних об'єктів та розвитку туристичної інфраструктури, що підвищує привабливість національного сектору туристичних послуг. Це

стимулює зростання внутрішніх та в'їзних туристичних потоків і забезпечує підвищення соціально-економічного розвитку країни. Поступове підвищення соціально-економічного рівня життя населення країни збільшує його потреби у відпочинку й дозвіллі, що збільшує внутрішні та виїзні туристичні потоки, які стимулюють розвиток сектору туристичних послуг: відбувається зростання кількості зайнятих у туристичному секторі [14, с. 58].

Варто відзначити, що і економічна функція, і класичні соціальна та захисна функції при переході на постіндустріальну стадію розвитку людської цивілізації можуть бути трансформовані.

І. Я. Кисельов з цього приводу пише, що у науковій літературі на Заході обґрунтовується необхідність поновому поглянути на соціальне призначення та службові функції трудового права. По-перше, висловлюється думка про те, що у нових умовах функціональна спрямованість трудового права не повинна бути однобічно направлена на захист інтересів тільки працівників при ігноруванні прав та інтересів роботодавців. При такій однобічній спрямованості трудове право може отримати контрпродуктивний характер і завдати шкоди економічному розвитку, нормальному функціонуванню ринкової економіки та в остаточному підсумку потребам і інтересам самих працівників як виробників і як споживачів. По-друге, соціальна функція трудового права сьогодні не може бути «замкнута» тільки на охороні праці, як вважалося колись. Повинна бути виявлена ще одна складова цієї функції – турбота про найбільш повне закріплення та послідовний розвиток прав людини у сфері праці. Це частково збігається з охороною праці, але ці поняття не тотожні. Трудовому праву, поряд із забезпеченням охорони праці, повинна бути уготована не менш важлива місія бути гарантом здійснення широкого комплексу соціально-економічних прав і свобод, яким наділена людина-учасник процесу праці [17, с. 51]. Застосовуючи дане твердження до туристичної діяльності, слід зазначити, що у сфері туризму з урахуванням швидких темпів розвитку, збереження трудових прав працівників стимулюватиме стійке протистояння викликам неспроможності господарського виробництва відповідати за наслідки соціально-економічних ризиків.

Формування нових видів туризму, відкриття нових туристичних напрямків, створення цілої низки цікавих атракцій для подорожуючих – все це сприяє зростанню ваги туристичної галузі у національній економіці. Проте ключовим чинником зростання конкурентоспроможності туристичної галузі є працівники, які тут працюють. Отже, якість туристичного продукту значною мірою залежить від високого професіоналізму людей, які працюють над його створенням [18, с. 19]. У даному аспекті внаслідок зсуву акцентів на права людини, відбувається посилення уваги до інтересів, потреб, сподівань кожного окремого працівника як до повнокровної особистості, наділеної всім багатством соціально-психологічних характеристик (незалежністю, почуттям самоповаги та власної гідності, прагненням до справедливості, до нормального соціального спілкування, вільного від хамства, жорстокості, знущань із боку будь-якої особи на виробництві незалежно від його соціальної ролі). У зв'язку із цим підвищується значення трудового права у сфері туристичної діяльності для забезпечення будь-якому працівнику максимального соціально-психологічного комфорту на місці роботи.

Таким чином, трудове право має використовуватись нині не тільки як інструмент налагодження співробітництва між працівниками та роботодавцями у дусі соціального партнерства чи створення соціальних та захисних норм, але й між самими працівниками з метою витіснення міжособистісних конфліктів, що надзвичайно важливо для нормальної та ефективної роботи, здорових трудових відносин при здійсненні туристичної діяльності. У цьому сенсі у трудовому праві має бути виділена особистісна функція.

Підвищення престижу трудової та іншої професійної діяльності в туристичній сфері на пряму залежить від ступеня забезпечення реалізації функцій трудового права. Функції трудового право можна визначити як напрямки діяльності трудового права щодо ефективного впорядкування та врегулювання відносин, пов'язаних з використанням здатності людини до праці, шляхом установлення та реалізації на основних (магістральних) напрямках норм права. Первинно функції трудового права відображали соціально-захисний та виробничий характер. Однак господарські функції з моменту утвердження ринкових умов виробництва, що є характерним для сфери туризму, стали непридатними для теоретичного аналізу та практичної реалізації. Разом з тим економічний функціональний напрямок отримав першочергову актуальність як невід'ємний елемент капіталістичного механізму існування системи. Незмінними залишилися дві функції: соціальна та захисна. Під соціальною функцією трудового права варто розуміти таке призначення трудового права, що проявляється у знаходженні та фіксації балансу інтересів працівників і роботодавців з урахуванням інтересів туристичної сфери. Захисна функція розкриває сутність трудового права та продовжує дію соціальної функції трудового права при здійсненні туристичної діяльності, а також відображає основні напрямки його впливу на трудові відносини шляхом установлення юридичних гарантій для працівників і роботодавців у сфері туризму. Виконуючи захисну функцію у сфері туризму, трудове право, насамперед, попереджає порушення порядку здійснення трудових правовідносин. На постіндустріальному розвитку людської цивілізації для максимального забезпечення індивідуальних потреб працівника на робочому місці у трудовому праві при здійсненні туристичної діяльності має бути виділена особистісна функція, яка впливає на якість вироблення туристичного продукту та надання туристичних послуг.

ЛІТЕРАТУРА

1. Радько Т. Н. Основные функции социалистического права : учебное пособие / Т. Н. Радько. – Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1970. – 144 с.

2. Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений / Ю. Г. Ткаченко. – М. : Юрид. лит., 1980. – 176 с.

3. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В. М. Горшенев. – М. : Юрид. лит., 1972. – 258 с.

4. Енгибарян Р. В. Теория государства и права : Учебное пособие / Р. В. Енгибарян, Ю. К. Краснов. – М. : Юристъ, 1999. – 254 с.

5. Гарват О. А. Особливості управління персоналом туристичних компаній / О. А. Гарват // Вісник Хмельницького національного університету. Економічні науки. – 2013. – № 6. – Т. 2. – С. 239–242.

6. Глобальний етичний кодекс туризму від 01 жовтня 1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/983_00

7. Иванов С. А. Функции советского трудового права / С. А. Иванов // Советское государство и право. – 1976. – № 12. – С. 17–27.

8. Лушников А. М. Курс трудового права / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – Т. 1. – М. : Статут, 2009. – 879 с.

9. Толкунова В. Н. Трудовое право : курс лекцій / В. Н. Толкунова. – М. : 000 «ТК Велби», 2002. – 320 с.

10. Дейч Н. И. Функции трудового права / Н. И. Дейч // Правовые проблемы укрепления российской государственности : Сборик статей. Ч. 16 / Под ред. Б. Л. Хаскельберга. – Томск : Изд-во Том. Ун-та, 2003. – С. 278–280.

11. Мальська М. П. Міжнародний туризм і сфера послуг : Підручник / М. П. Мальська, Н. В. Антонюк, Н. М. Ганич. – К. : Знання, 2008. – 661 с.

12. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/322-08

13. Про охорону праці : Закон України від 14 жовтня 1992 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2694-12

14. Шулішова А. Зайнятість у сфері туризму в Україні / А. Шулішова, Т. Нікітіна // Наукові здобутки молоді – вирішенню проблем харчування людства у XXI столітті. – К. : НУХТ, 2014. – Ч. 3. – С. 57–58.

15. Штивельберг Ф. Б. Основания и пределы дифференциации трудового права России : автореф. дис... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.05 «трудовое право; право социального обеспечения» / Ф. Б. Штивельберг ; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 2004. – 27 с.

16. Бурак В. Я. Єдність і диференціація правового регулювання трудових відносин робочого часу, часу відпочинку і заробітної плати на підприємствах : автореф. дис... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.05 «трудове право ; право соціального забезпечення» / В. Я. Бурак ; Київський університет ім. Т. Шевченка. – К., 1999. – 18 с.

17. Киселев И. Я. Новый облик трудового права в странах Запада : прорыв в постиндустриальное общество / И. Я. Киселев // Управление персоналом. – 2002. – № 4. – С. 48–55.

18. Винничук Р. О. Особливості розвитку персоналу в організаціях індустрії туризму / Р. О. Винничук // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Менеджмент та підприємництво в Україні : етапи становлення і проблеми розвитку. – 2013. – № 769. – С. 19–26.

УДК 349.2

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

LEGAL REGULATION OF LABOUR FOR MINORS UNDER THE LAW OF UKRAINE

Мединська Л.В.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри трудового, екологічного, земельного та аграрного права
Прикарпатський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена особливостям трудових правовідносин за участю неповнолітніх. Акцентовано увагу на тому, що неповнолітні працівники у трудових правовідносинах прирівнюються у правах до повнолітніх. Вказано, що особливості правового регулювання праці неповнолітніх пов'язані з їх фізіологічними та психологічними якостями. Зроблено висновок про те, що чинне трудове законодавство в сфері праці неповнолітніх відповідає міжнародним актам.

Ключові слова: право на працю, працівник, неповнолітній працівник, права дітей на захист в сфері праці.

В статье анализируются особенности трудовых правоотношений с участием несовершеннолетних. Акцентировано внимание на том, что несовершеннолетние работники в трудовых правоотношениях приравниваются в правах к совершеннолетним. Указано, что особенности правового регулирования труда несовершеннолетних связаны с их физиологическими и психологическими качествами. Сделан вывод о том, что действующее трудовое законодательство в сфере труда несовершеннолетних соответствует международным актам.

Ключевые слова: право на труд, работник, несовершеннолетний работник, права детей на защиту в сфере труда.

This article analyses to the peculiarities of labor relations involving minors. Minors in labor relations equal in rights to adults, and in the field of health and safety, working time, leave and certain other working conditions enjoy privileges established by law. Terms of minors in the production should be different from the conditions of adult workers. This is due to a physiological features of an organism of teenagers who just formed, and the absence of most of them, the occupation and profession. These circumstances and determined the difference of legal regulation of their work, although as a general rule for minors completely covered labor legislation and their rights regarding employment contract equal to the rights of adult workers. Legislator general rule does not allow for the employment of persons under 16 years. But there are some exceptions to this general rule. To prepare young people for productive work allowed the employment of students of secondary schools, vocational and secondary specialized educational institutions for light work not harmful to health and does not affect the learning process in their free time they reach the age of fourteen the consent of a parent or the person who replaces him. These provisions comply with international acts in this area.

The current Labor Code establishes a number of prohibitions employment of persons under eighteen, prohibits the employment of persons under eighteen years of heavy work and jobs with hazardous or dangerous working conditions, and underground work; nor shall attract persons under eighteen years of lifting and moving things, the mass of which exceeds the limits for them; prohibited to engage employees under eighteen years of night, overtime work and work on weekends.

Underage workers are a special category of workers different from other employees not only age but also the legal status, the presence of additional employment benefits and guarantees granted by the State in the performance of work, taking into account health and working conditions. The current labor legislation of Ukraine, regulations relating to child labor to protect young workers from the harmful effects on health and development.

Key words: right to work, worker, young workers, right of children to protection in the workplace.

Конституція України проголосила право кожного на працю. Як випливає зі ст. 43 Основного Закону неповнолітні працівники не тільки володіють цим правом нарівні з іншими, а й є суб'єктами, для яких встановлений особливий правовий механізм реалізації трудових прав [1].

Необхідність особливого режиму охорони прав неповнолітніх обумовлена насамперед наявністю у них характерних вікових фізіологічних і психологічних особливостей, що визначають їх підвищену вразливість і сприйнятливість до зовнішніх впливів. Особливості підходу до захисту неповнолітніх, створення додаткових гарантій охорони їхніх прав, свобод і законних інтересів викликані також усвідомленням важливості створення найсприятливіших умов для їх повноцінного розвитку, належного виховання з метою закладення надійних підвалин майбутнього людства [2, с. 276]. З викладеного стає зрозумілим, що особливості правового регулювання праці неповнолітніх пов'язані з їх фізіологічними та психологічними якостями, а тому потребують окремого дослідження.

Метою статті є аналіз положень чинного та перспективного трудового законодавства, які визначають особливості праці неповнолітніх в Україні.

У законодавстві України трудові правовідносини за участю неповнолітніх регулюються главою XIII КЗпП України «Праця молоді» [3].

Так, відповідно до ст. 187 КЗпП України, неповнолітні у трудових правовідносинах прирівнюються у правах до повнолітніх, а у галузі охорони праці, робочого часу, відпусток та деяких інших умов праці користуються пільгами, встановленими законодавством. Умови праці неповнолітніх на виробництві повинні відрізнятися від умов праці дорослих працюючих. Це пояснюється як фізіологічними особливостями організму підлітків, який тільки формується, так і відсутністю у більшості з них відповідної професії і спеціальності. Саме ці обставини і визначили відмінність правового регулювання їхньої праці, хоча за загальним правилом на неповнолітніх повністю поширюється законодавство про працю, а їхні права щодо трудового договору прирівнюються до прав повнолітніх працюючих.

Враховуючи зазначене, законодавець, за загальним правилом, не допускає прийняття на роботу осіб молодше 16 років. Але існують певні винятки з цього правила. Зокрема, у ч. 2 ст. 188 КЗпП України вказано, що за згодою одного з батьків або особи, що його замінює, можуть, прийматися на роботу особи, які досягли 15 років [3].

Для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненні ними 14-річного віку за згодою одного з батьків або особи, що його замінює.

Слід зазначити, що вказані положення відповідають міжнародним актам в даній сфері.

Так, у ст. 7 Конвенції Міжнародної Організації Праці «Про мінімальний вік для прийому на роботу» зазначено, що прийом на роботу осіб, які досягли 14-річного віку допускається за наявності таких умов: а) ці особи повинні бути учнями загальноосвітніх шкіл чи інших навчальних закладів відповідної класифікації; б) виконувана робота має бути легкою і не завдавати шкоди здоров'ю чи розвитку; в) робота не повинна завдавати шкоди відвідуваності навчального закладу, порушувати навчальний процес, має виконуватися у вільний від навчання час; г) отримано згоду одного з батьків або особи, яка його замінює [4].

Європейська соціальна хартія (переглянута) 1996 року також приділила велику увагу праву дітей на захист у сфері праці. Її сторони, зокрема, зобов'язалися: а) встановити, що мінімальний вік прийняття на роботу становить 15 років, за винятком дітей, які залучаються до виконання робіт, визнаних легкими роботами, що не завдають шкоди здоров'ю дітей, їхній моралі або освіті; б) встановити, що мінімальний вік прийняття на роботу, де умови праці визнано небезпечними або шкідливими для здоров'я, становить 18 років; в) заборонити застосування праці осіб, які ще здобувають обов'язкову освіту, на роботах, що можуть порушити процес їхнього повного навчання; г) обмежити тривалість робочого часу для осіб молодше 18 років відповідно до потреб їхнього розвитку, і особливо потреб у професійній підготовці; ґ) визнати право молодих працівників і учнів на справедливу заробітну плату або іншу відповідну допомогу; д) встановити, що час, витрачений підлітками за згодою роботодавця на професійну підготовку у нормовані робочі години, зараховується як робочий час; е) встановити, що працюючі особи молодше 18 років мають право на щорічну оплачувану відпустку тривалістю не менше чотирьох тижнів; є) заборонити застосування праці осіб молодше 18 років на роботах у нічний час, за винятком деяких робіт, визначених національними законами чи правилами; ж) передбачити, що особи молодше 18 років, праця яких застосовується на роботах, визначених національними законами чи правилами, підлягають регулярному медичному оглядові; з) забезпечити особливий захист дітей і підлітків від фізичних і моральних ризиків, на які вони наражаються, і зокрема, від тих ризиків, що безпосередньо або опосередковано випливають з виконуваної ними роботи [5].

Як і в чинному КЗпП України, Проект Трудового кодексу закріплює 16-річний віковий ценз, який законом для окремих категорій працівників може бути вищим. Водночас, з відома батьків, допускається праця осіб, які досягли 15 років і, у вільний від навчання час, праця осіб з 14 років. В той же час в організаціях кінематографії, театральних, концертно-видовищних та інших творчих організаціях дозволяється за письмовою згодою одного з батьків або особи, яка їх замінює, приймати на роботу осіб, які не досягли 14-річного віку, для участі в концертах, виставах, інших заходах, а також у створенні кінофільмів або інших творів мистецтва, якщо це не завдає шкоди їхньому здоров'ю, моральному розвиткові і процесу навчання (ч. 5 ст. 20 Проекту) [6]. Це положення загалом узгоджується зі ст. 7 Конвенції Міжнародної Організації Праці № 138 «Про мінімальний вік для прийому на роботу» від 26 червня 1973 року, але з деякими зауваженнями. Відповідно до цього документу, прийняття на роботу в таких випадках допускається за наявності дозволу служби у справах дітей за умови погодження умов праці та її оплати з цією службою. У той же час параграф 3 ст. 2 згаданої Конвенції передбачає, що мінімальний вік працівника не повинен бути нижчим, ніж вік закінчення обов'язкової шкільної освіти та, в будь-якому випадку, не може бути нижчим ніж 15 років. Незалежно від положень параграфа 3 цієї статті, член Організації, чия економіка і система освіти недостатньо розвинені, може після консультацій із зацікавленими організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, спочатку встановити вік у 14 років як мінімальний [4].

Відповідно до ст. 191 КЗпП України, усі особи молодше 18 років приймаються на роботу лише після попереднього медичного огляду і в подальшому, до досягнення 21 року, щорічно підлягають обов'язковому медичному оглядові. При встановленні факту, що робота негативно впливає на здоров'я неповнолітнього, він негайно звільняється з цієї роботи і переводиться на більш легку роботу.

При укладенні трудового договору з неповнолітнім обов'язковим є додержання письмової форми (ст. 24 КЗпП України). Випробування з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається, не встановлюється (ст. 26 КЗпП України).

Чинний КЗпП України встановлює цілу низку заборон застосування праці осіб молодше 18 років:

– забороняється застосування праці осіб молодше 18 років на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах (ст. 190 КЗпП України);

– забороняється залучати осіб молодше 18 років до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми (ст. 190 КЗпП України).

– забороняється залучати працівників молодше 18 років до нічних, надурочних робіт та робіт у вихідні дні (ст. 192 КЗпП України).

Заслуговує на увагу положення Проекту Трудового кодексу України (ч. 5 ст. 296), за яким забороняється використання праці неповнолітніх осіб на роботах, на яких вони можуть зазнавати загрози фізичного, психологічного чи сексуального насильства, або виконання яких може завдати шкоди їх здоров'ю, призвести до негативних наслідків у моральному розвитку (роботи у сфері грального бізнесу, роботи з перевезення та продажу алкогольних напоїв, тютюнових виробів, медичних препаратів тощо).

Перелік робіт, на яких забороняється використання праці неповнолітніх осіб, затверджується центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері санітарного та епідемічного благополуччя населення [6].

Законодавством України чітко встановлено межі робочого часу неповнолітніх. Згідно зі ст. 51 КЗпП України для неповнолітніх встановлюється скорочена тривалість робочого часу. Так, для працівників віком від 16 до 18 років – 36 годин на тиждень, для осіб віком від 15 до 16 років (учнів віком від 14 до 15 років, які працюють у період канікул) – 24 години на тиждень. Тривалість робочого часу учнів, які працюють протягом навчального року у вільний від навчання час, не може перевищувати половини максимальної тривалості робочого часу, передбаченого законом, для осіб відповідного віку.

Відповідно до ст. 194 КЗпП України заробітна плата працівникам молодше 18 років при скороченій тривалості щоденної роботи виплачується в такому самому розмірі, як працівникам відповідних категорій при повній тривалості щоденної роботи. Праця працівників молодше 18 років, допущених до відрядних робіт, оплачується за відрядними розцінками, встановленими для дорослих працівників, з доплатою за тарифною ставкою за час, на який тривалість їх щоденної роботи скорочується порівняно з тривалістю щоденної роботи дорослих працівників [3].

Оплата праці учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів, які працюють у вільний від навчання час, провадиться пропорційно відпрацьованому часу або залежно від виробітку. Підприємства можуть встановлювати учням доплати до заробітної плати.

Відповідно ч. 2 ст. 75 КЗпП України, особам віком до 18 років надається основна відпустка тривалістю 31 календарний день. Щорічні відпустки неповнолітнім працівникам надаються у зручний для них час. При цьому, якщо за загальним правилом право на щорічні основну та додаткові відпустки повної тривалості у перший рік роботи настає після закінчення шести місяців безперервної роботи на даному підприємстві, то для неповнолітніх таке право виникає до настання шестимісячного терміну безперервної роботи на такому підприємстві.

Законодавство встановлює обмеження щодо звільнення працівників молодше 18 років. Так, згідно зі ст. 198 КЗпП України, звільнення працівників молодше 18 років з ініціативи роботодавця або уповноваженого ним органу допускається, крім додержання загального порядку звільнення, тільки за згодою районної (міської) служби у справах дітей.

При цьому звільнення з підстав, зазначених у п. 1 ст. 40 КЗпП України (зміни в організації виробництва і праці, в тому числі ліквідації, реорганізації, банкрутства або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників), п. 2 ст. 40 КЗпП України (виявлена невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи, а так само в разі відмови у наданні допуску до державної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці) та п. 6) ст. 40 КЗпП України (поновлення на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу), провадиться лише у виняткових випадках і не допускається без працевлаштування.

Відповідно до ст. 198 КЗпП України батьки, усиновителі і піклувальники неповнолітнього, а також державні органи та службові особи, на яких покладено нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю, мають право вимагати розірвання трудового договору з неповнолітнім, у тому числі строкового, коли продовження його чинності загрожує здоров'ю неповнолітнього або порушує його законні інтереси [3].

Таким чином, неповнолітні працівники – це особлива категорія працівників, яка відрізняється від інших працівників не лише віком, а й правовим становищем, наявністю додаткових трудових пільг і гарантій, наданих їм державою під час виконання трудової діяльності з урахуванням стану здоров'я та умов праці. Чинне трудове законодавство України, нормативні акти, що стосуються праці дітей, спрямовані на захист неповнолітніх працівників від шкідливого впливу праці на їх здоров'я та розвиток.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Івчук Ю. Ю. До питання охорони праці неповнолітніх / Ю. Ю. Івчук // Держава і право. – 2011. – № 3. – С. 276–278.

3. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08

4. Про мінімальний вік для прийому на роботу : Конвенція Міжнародної організації праці від 26 червня 1973 року № 138 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_054

5. Європейська соціальна хартія (переглянута) : Хартія Рада Європи від 03 травня 1996 року № ETS N 163 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_062

6. Проект Трудового кодексу України №1658 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3

УДК 349.2

РОЗВИТОК СИСТЕМИ ГАРАНТІЙНИХ ВИПЛАТ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

DEVELOPMENT OF A SYSTEM OF GUARANTEE PAYMENTS IN THE CONTEXT OF LABOR LAW REFORM

Островерх А.М.,
к.ю.н., доцент
Національна академія Національної гвардії України

Стаття присвячена реформуванню законодавства України в сфері гарантійних виплат. Встановлено необхідність певного узагальнення, класифікації гарантійних виплат, висунуто пропозиції щодо удосконалення їх правового регулювання. Визначено сутність гарантійних виплат в процесі реалізації громадянами України своїх конституційних прав і виконання певних обов'язків в сучасних умовах.

Ключові слова: гарантійні виплати, класифікація гарантійних виплат, оплата праці, громадські обов'язки, державні обов'язки.

Статья посвящена одной реформированию законодательства Украины в сфере гарантийных выплат. Выявлена необходимость определенного обобщения, классификации гарантийных выплат, выдвинуты предложения по совершенствованию их правового регулирования. Определена сущность гарантийных выплат в процессе реализации гражданами Украины своих конституционных прав и выполнения определенных обязанностей в современных условиях.

Ключевые слова: гарантийные выплаты, классификация гарантийных выплат, оплата труда, общественные обязанности, государственные обязанности.

The article is devoted to one of actual problems of labor law of Ukraine concerning the reform of legislation in the sphere of the guarantee payments. The aim of this study is the need of a certain generalization, classification guarantee payments, the presentation of proposals on improvement of their legal regulation. The objective of the article is identification of the essence of the guarantee payments in the process of implementation by citizens of Ukraine of their constitutional rights and to perform certain duties in modern conditions.

In the context of reforming the labor legislation of Ukraine appropriate is the allocation problem of the guarantee payments, its relevance stems from the fact that a significant number of workers faced with the inconvenience caused by the poor state of the system of legal norms, aimed at resolving the relations between workers and employers regarding guarantee payments, the inconsistency of their public needs. And as a result, a significant number of workers faced with the inconvenience in this area, which are caused by the poor state of the system of legal norms.

Guarantee payment perform security functions for the protection of the employee's salary from its reduction, if the employee on the grounds stipulated by the current legislation was not working and was involved in the execution of state or public duties.

Their overall analysis of the theory and normative consolidation of guarantee payments in the current legislation, given the current economic processes to promote the role of the owner, allows to connect them conditionally into three groups: dependent of the holder; the exercise of the right of an employee to paid leave; which does not depend on the owner, but necessary for realization of the state, public duties and functions of local government.

Key words: guarantee payments, classification of the guarantee payments, remuneration, public duties, public duties.

Особливістю правового регулювання трудових відносин, у тому числі з питань оплати праці, є те, що вони регламентуються розгалуженою системою нормативних актів, ухвалених органами різних рівнів, зокрема трудових колективів та профспілок.

У контексті реформування трудового законодавства України доцільним є виділення проблеми гарантійних виплат. Її актуальність обумовлюється тим, що значна кількість працівників стикається з незручностями, які викликані незадовільним станом системи правових норм, спрямованих на врегулювання правовідносин між працівниками і роботодавцями щодо гарантійних виплат, невідповідності їх суспільним потребам. І, як результат, значна кількість працівників стикається із незручностями у цій сфері, які викликані незадовільним станом системи правових норм.

Метою статті є встановлення необхідності певного узагальнення, класифікації гарантійних виплат, висунення пропозицій щодо удосконалення їх правового регулювання.

Завданням статті є визначення сутності гарантійних виплат в процесі реалізації громадянами України своїх конституційних прав і виконання певних обов'язків в сучасних умовах.

Теоретичні проблеми інституту гарантійних виплат досліджувалися такими вченими, як М. Г. Александров, С. С. Алексєєв, О. Т. Барабаш, Н. Б. Болотіна, В. С. Венедиктов, Г. С. Гончарова, В. В. Жернаков, Д. О. Карпенко, І. Я. Кисельов, В. С. Коротков, Р. З. Лівшиц, А. Р. Мацюк, О. С. Пашков, А. Ю. Пашерстник, П. Д. Пилипенко, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, В. Г. Ротань, З. К. Симорот, О. Є. Сонін, Я. В. Сімутіна, Г. І. Чанишева, Н. М. Хуторян та ін.

Теоретична розробка проблем, пов'язаних із подальшим розвитком системи гарантійних виплат у трудовому праві, має важливе практичне значення, оскільки допоможе удосконалити правові норми, що регулюють право працівників на гарантійні виплати. Класифікація гарантійних виплат буде сприяти поліпшенню діяльності державних і громадських органів й організацій (роботодавців), що застосовують ці норми, та забезпеченню охорони матеріальних інтересів працівників [1, с. 175].

Узагальнюючи наукові розробки наведених вчених, можна дійти наступних висновків. Гарантійні виплати є різновидом виплат роботодавців на користь працівників. Окрім предмета нашого розгляду до таких виплат ще належать заробітна плата, гарантійні компенсації, а також виплати, що здійснюються в порядку відповідальності. Критерієм відносно їх розмежування виступає соціально-економічне призначення таких виплат. Як вважають А. С. Пашков та В. Г. Ротань, під соціально-економічним призначенням гарантійних виплат слід розуміти збереження за працівником досягнутого ним рівня доходів в той період, коли працівник не працював [2, с. 93]. Саме такою спрямованістю гарантійні виплати відрізняються від інших виплат роботодавців на користь працівника. Так, призначенням компенсацій визнається відшкодування працівнику витрат, понесених ним у зв'язку із виконанням трудових обов'язків [3, с. 354]. Метою ж виплати заробітної плати

є надання винагороди працівнику за виконану ним роботу [4, с. 436-437]. Виплати, що здійснюються в порядку відповідальності, попри різноманітність підстав їх призначення, мають спільну правову основу – покладання на роботодавця відповідальності за порушення тих чи інших суб'єктивних прав працівника.

Легальної дефініції гарантійних виплат чинним законодавством України, на жаль, не передбачено, що в черговий раз вказує на застарілість основного джерела вітчизняного трудового права. В науці ж під гарантійними виплатами розуміються «суми, що зберігають працівнику заробітну плату (повністю або частково) за час, коли він з поважних причин, передбачених законом, звільняється від виконання трудових обов'язків і за ним зберігається місце роботи» [5, с. 12; 6, с. 102], «виплати, що мають на меті попередити можливі втрати у заробітку робітників та службовців, які не виконували протягом визначеного часу своїх трудових обов'язків через поважні причини», встановлені законом.

Мета призначення гарантійних виплат – зберегти працівнику його рівень життя, коли він відволікається від роботи для здійснення невиробничих обов'язків у передбачених законом випадках. Вони виплачуються подібно до заробітної платні, але не за результати праці, а за час відсутності на роботі у встановлених випадках.

До таких законодавство України, зокрема, відносить виплати: 1) працівникам за час виконання державних або громадських обов'язків (ст. 119 КЗпП); 2) при переїзді на роботу в іншу місцевість (ст. 120 КЗпП); 3) при службових відрядженнях (ст. 121 КЗпП; Постанова Кабінету Міністрів України від 02 лютого 2011 року № 98 «Про суми та склад витрат на відрядження державних службовців, а також інших осіб, що направляються у відрядження підприємствами, установами та організаціями, які повністю або частково утримуються (фінансуються) за рахунок бюджетних коштів» [7, с. 20]); 4) за час підвищення кваліфікації з відривом від виробництва (ст. 122 КЗпП; Постанова Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 року № 695 «Про гарантії і компенсації для працівників, які направляються для підвищення кваліфікації, підготовки, перепідготовки, навчання інших професій з відривом від виробництва» [8, с. 65]); 5) за час перебування в медичному закладі на обстеженні (ст. 123 КЗпП); 6) донорам (ст. 124 КЗпП; ст. 9 Закону України від 23 червня 1995 року «Про донорство крові та її компонентів» [9, с. 183]); 7) працівникам – авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій (ст. 126 КЗпП); 8) за участь в колективних переговорах і підготовці проекту колективного договору або угоди (ст. 12 Закону України «Про колективні договори і угоди» [10, с. 361]); 9) незалежним посередникам, членам примирних комісій та трудових арбітражів на час роботи у примирних органах (Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [11, с. 227]).

Сучасного наукового підходу потребує також з'ясування змісту ст. 119 КЗпП (виплати працівникам за час виконання державних або громадських обов'язків). Сам припис закону не містить відповідного визначення. Так у Трудовому кодексі Республіки Білорусь у ст. 101 наявний перелік випадків збереження заробітної плати у разі виконання державних або громадських обов'язків. Так, середня заробітна плата зберігається у наступних випадках виконання державних або громадських обов'язків у робочий час: 1) здійснення виборчого права; 2) виконання депутатських повноважень і повноважень члена Ради Республіки Національних зборів Республіки Білорусь у випадках, передбачених законодавством; 3) участі як делегатів на з'їздах, пленумах, конференціях, що скликаються державними органами, а у випадках, передбачених колективними договорами, угодами, – профспілками, іншими громадськими об'єднаннями; 4) явки за викликом в органи дізнання, попереднього слідства, до прокурора й у суд в якості свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста, перекладача, понятого, а також участі в судових засіданнях в якості народних засідателів, громадських обвинувачів і громадських захисників, представників громадських організацій і трудових колективів; 5) участі в колективних переговорах у порядку й на умовах, передбачених колективними договорами, угодами, а за їх відсутності – за угодою між сторонами колективних переговорів; 6) участі в роботі комісій із призначення пенсій при місцевих виконавчих і розпорядницьких органах та медико-реабілітаційних експертних комісіях у якості спрямованих профспілковими організаціями членів цих комісій; 7) явки за викликом в комісію із призначення пенсій як свідка для дачі показань про трудовий стаж; 8) участі членів добровільних пожежних дружин у ліквідації пожежі або аварії; 9) виконання інших державних або громадських обов'язків у випадках, передбачених законодавством.

У процесі реалізації конституційних прав і виконання обов'язків виникають життєві ситуації, коли перед громадянином стоїть завдання або обов'язок виконувати державні або громадські обов'язки, при цьому за працівником зберігається місце роботи. Трудове законодавство України передбачає випадки збереження за працівниками заробітної плати, коли вони з поважних причин не виконували покладену на них трудовим договором роботу. Виплати, що проводяться за час, протягом якого працівник не виконував свої трудові обов'язки з причин, які визнані законодавством України поважними, необхідно визначати як гарантій виплати.

Гарантійні виплати виконують охоронну функцію з метою захисту заробітної плати працівника від її зниження, якщо працівник з підстав, передбачених чинним законодавством, не працював, а був залучений до виконання держаних або громадських обов'язків.

Проводячи загальний аналіз теорії та нормативного закріплення гарантійних виплат у чинному законодавстві, враховуючи сучасні економічні процеси, спрямовані на ствердження ролі власника, умовно їх можна поєднати у три групи: що залежать від власника; здійснення права працівника на оплачувану відпустку; що не залежать від власника, але необхідні для здійснення державних, громадських обов'язків та функцій місцевого самоврядування.

До першої групи можна віднести такі гарантійні виплати: при переїзді на роботу в іншу місцевість, при службових відрядженнях, за час підвищення кваліфікації з відривом від виробництва, за час перебування в медичному закладі на обстеженні. Друга група гарантійних виплат пов'язана з оплатою відпустки. Третя група гарантійних виплат стосується здійснення повноважень депутатами місцевих рад, посадовцями професійних спілок, членами виборчих комісій та працівниками, які залучаються до виконання обов'язків, передбачених законами України «Про військовий обов'язок і військову службу» і «Про альтернативну (невійськову) службу».

Підсумовуючи викладений огляд існуючого стану проблеми гарантійних виплат в їх теоретичному та прикладному аспекті, ми дійшли критичного висновку про хаотичність та застарілість нормативного матеріалу, необхідність оновлення та поточної кодифікації. Як свідчить досвід, саме через застарілість, а по суті – прогалини законодавства, що регулює гарантійні виплати, виникають загрози, які потенційно можуть зазіхати і, на жаль, зазіхають на соціально-економічні права громадян.

А також, як зазначив М. І. Іншин, щоб повніше і більш всебічно вивчити питання про виплати гарантій і компенсацій, необхідно також приділити увагу досвіду в цій сфері різних країн світу, а також для кращого засвоєння й розуміння зазначених інститутів трудового права слід провести паралелі з законодавством України в цій галузі і, вивчивши всі «за» і «проти», перейняти все позитивне, що існує в інших країнах [12, с. 98].

ЛІТЕРАТУРА

1. Рудницька О. П. Поняття та класифікація гарантійних виплат / О. П. Рудницька // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – 2011. – № 57. – С. 175–182.

2. Пашков А. С. Социальная политика и трудовое право / А. С. Пашков, В. Г. Ротань. – М. : Юрид. лит, 1986. – 240 с.

3. Прокопенко В. І. Трудове право України / В. І. Прокопенко. – К. : Вентурі, 1996. – 223 с.

4. Советское трудовое право : Учебник / Под ред. Н. Г. Александрова. – М. : Юрид. лит, 1972. – 576 с.

5. Коротков В. С. Гарантийные выплаты и гарантийные доплаты к заработной плате по советскому трудовому праву : автореф. дисс...на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.05 «трудовое право ; право социального обеспечения» / В. С. Коротков / Московский государственный университет. – М., 1965. – 21 с.

6. Гаращенко Л. П. Правове регулювання відпусток за законодавством України : Дис... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.05 / Л. П. Гаращенко. – К., 2002. – 209 с.

7. Про суми та склад витрат на відрядження державних службовців, а також інших осіб, що направляються у відрядження підприємствами, установами та організаціями, які повністю або частково утримуються (фінансуються) за рахунок бюджетних коштів : Постанова Кабінету Міністрів України від 02 лютого 2011 року № 98 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 11. – Ст. 488.

8. Про гарантії і компенсації для працівників, які направляються для підвищення кваліфікації, підготовки, перепідготовки, навчання інших професій з відривом від виробництва : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 року № 695 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 28. –Ст. 65.

9. Про донорство крові та її компонентів : Закон України від 23 червня 1995 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 23. – Ст. 183.

10. Про колективні договори і угоди : Закон України від 01 липня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 36. – Ст. 361.

11. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03 березня 1998 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 34. – Ст. 227.

12. Іншин М. І. Правове регулювання гарантійних та компенсаційних виплат на основі міжнародного досвіду / М. І. Іншин // Форум права. – 2015. – № 3. – С. 97–101.

РОЗДІЛ 5
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 351.811.12

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПАТРУЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ В СИСТЕМІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

ADMINISTRATIVE AND LEGAL STATUS PATROL POLICE IN THE NATIONAL POLICE

Гаркуша В.В.,
к.ю.н., доцент кафедри адміністративного права,
процесу та адміністративної діяльності
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті розглянуто правовий статус патрульної поліції в системі Національної поліції. Встановлено нормативно-правові акти, що визначають статус патрульної поліції та надано пропозиції щодо їх вдосконалення. Запропоновано прийняти нормативно-правові акти, які б визначали алгоритми дій працівників поліції в типових та нетипових ситуаціях.

Ключові слова: патрульна поліція, структура та повноваження Національної поліції, законодавче забезпечення діяльності патрульної поліції.

В статье рассмотрены правовой статус патрульной полиции в системе Национальной полиции. Установлены нормативно-правовые акты, определяющие статус патрульной полиции, разработаны предложения по их усовершенствованию. Предложено принять нормативно-правовые акты, которые бы определяли алгоритмы действий сотрудников полиции в типичных и нетипичных ситуациях.

Ключевые слова: патрульная полиция, структура и полномочия Национальной полиции, законодательное обеспечение деятельности патрульной полиции.

Considered the legal status of patrol police in the national police. The ways of reforming the Ministry of Interior, including the creation of the National Police as a central body of executive power and patrol police as a structural unit of the National Police, established regulations that determine the status of the patrol police, such as the Regulations on the patrol and the Department patrol, defined by their flaws and provided suggestions for improvement. The conclusion about the inadequacy of regulations governing the activities of patrol police. Proposed to adopt regulations that would determine the sequence of actions of the police in typical and non typical situations.

Defined rules of law, which are very difficult to implement in practice. Highlight the problem of identification of the offender if the person does not name its data. Proposed amendments to the legislation, namely the definition of the term administrative detention – for identification. A simplified procedure for obtaining cards form one of the Migration Service under which it is possible to identify. Also on the legislative level to oblige a citizen to communicate their personal data, as this duty is not contrary to Art. 63 of the Constitution of Ukraine.

Consider rules governing the use of reason and order police actions. The necessity of clarifying some of them.

It is concluded that the overall reform of the Interior Ministry is on the right track, but needs to improve the legal framework of the National Police, including the legal status of Patrol Police adoption of by-laws that would regulate the procedures for the exercise of its powers.

Key words: patrol police, structure and powers of the National Police, legislative support of the patrol police.

Поліцейська реформа спрямована на кардинальну зміну як якості роботи правоохоронних органів, так і законодавства в даній галузі, що у майбутньому повинно відобразитися і на ставленні громадян до працівників правоохоронних органів (а саме поліції), і на ставленні самих поліцейських до своєї роботи.

Одним з перших кроків на шляху реформування Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС України) стало створення Національної поліції – нового центрального органу виконавчої влади, який з 07 листопада 2015 року замінив міліцію на всій території України. Статус даного органу визначений у Законі України від 02 липня 2015 року «Про Національну поліцію» [1].

Структурним підрозділом Національної поліції є патрульна поліція, яка увібрала в себе завдання не тільки із запобігання кримінальним, адміністративним правопорушенням, попередження, виявлення та припинення кримінальних та адміністративних правопорушень, випадків насильства у сім'ї, виявлення причин і умов, що сприяють їх учиненню, а й із забезпечення безпеки дорожнього руху, організації контролю за додержанням законів, інших нормативно-правових актів з питань безпеки дорожнього руху. Отже, значна частина діяльності патрульної поліції за своєю суттю є адміністративно-юрисдикційною. Вона здійснюється у сфері охорони публічного порядку та безпеки, а також забезпечення безпеки дорожнього руху, що викликає додаткову необхідність дослідження повноважень патрульної поліції у цій сфері.

Як показують соціологічні дослідження, рівень довіри громадян до новоствореного підрозділу значно підвищився. За кілька місяців роботи патрульної поліції можна підвести певні підсумки та виділити позитивну сторону реформи, а також деякі аспекти, над якими ще доведеться працювати. Отже, до позитивної сторони реформування слід віднести, перш за все, підвищення авторитету і довіри до патрульної поліції серед населення. По місту їздить достатня кількість патрульних машин, відмічається висока швидкість реагування на правопорушення, ввічливе та відкрите спілкування з громадянами, законність та принциповість під час виконання своїх службових обов'язків, подолано корупційні прояви в діяльності патрульних тощо. Ці зміни були довгоочікуваними і не можуть не радувати.

В той же час, залишаються прогалини у законодавстві, яке регламентує діяльність патрульної поліції. Це пов'язано, насамперед, із недосконалістю нормативно-правових актів, які регламентують таку діяльність. Не

прийнято підзаконних нормативно-правових актів, які б регламентували діяльність патрульної поліції, а існуючі в деяких аспектах суперечать Закону України «Про Національну поліцію». Отже, виникає необхідність додаткового дослідження адміністративно-правового статусу патрульної поліції в системі Національної поліції.

Питанням правового статусу підрозділів МВС України приділялось багато уваги, зокрема такими вченими, як: В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, В. М. Бевзенко, А. В. Гаркуша С. М. Гусаров, І. П. Голосніченко, Т. О. Гуржій, С. М. Гусаров, В. В. Доненко, В. В. Донський, В. В. Єгупенко, Т. О. Коломоєць, С. А. Комісаров, В. М. Лозовий, М. В. Лошицький, О. Л. Міленін, Т. П. Мінка, В. А. Мисливий, Р. В. Миронюк, Р. С. Мельник, Р. І. Михайлов, О. В. Негодченко, А. М. Подоляка, В. Й. Развадовський, О. Ю. Салманова, О. В. Собакарь та ін. Проте, враховуючи створення нового органу МВС України – Національної поліції та її структурного підрозділу – патрульної поліції, проблемам їх правового статусу приділено мало уваги.

Метою статті є розгляд законодавчого забезпечення діяльності патрульної поліції, зокрема тих нормативно-правових актів, що визначають повноваження даного структурного підрозділу Національної поліції, визначення прогалин законодавства та розроблення пропозиції щодо його вдосконалення.

Для досягнення поставленої мети передбачено вирішення наступних задач:

– проаналізувати законодавство, що регламентує діяльність патрульної поліції та практику його застосування;

– визначити недоліки правових норм, що визначають правовий статус патрульної поліції та надати пропозиції щодо їх вдосконалення.

Низка нормативно-правових актів, передусім підзаконних не відповідають Закону України «Про Національну поліцію» [1]. Це стосується нормативно-правових актів, які визначають правовий статус поліції. Так, Положення про Департамент патрульної поліції, затверджений Наказом Національної поліції від 06 листопада 2015 року № 73 (у редакції Наказу Національної поліції від 18 листопада 2015 року № 96) [2] визначає Департамент патрульної поліції як міжрегіональний територіальний орган Національної поліції, попри те, що ст. 13 Закону України «Про Національну поліцію» визначає, що систему Національної поліції складають Центральний орган управління поліцією та територіальні органи поліції.

Наступний нормативно правовий акт – Наказ МВС України від 02 липня 2015 року № 796 [3], який визначає Положення про патрульну службу, хоча такого підрозділу в структурі Національної поліції не існує, оскільки відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 13 Закону України «Про Національну поліцію» вживається назва «патрульна поліція». До того ж, даний нормативно-правовий акт був прийнятий до вступу в законну силу Закону України «Про Національну поліцію» і він не відповідає змісту останнього, по тексту використовується слово «міліція», замість «поліція».

Недосконалим є і сам Закон України «Про Національну поліцію». Із Концепції та стратегії реформування МВС України вбачається, що Національна поліція є структурним підрозділом МВС України. В той же час, ст. 1 Закону надає визначення Національної поліції як центрального органу виконавчої влади.

В структурі Національної поліції не визначено роль колишньої служби дільничних інспекторів міліції, оскільки такої служби вже немає, натомість діючим залишається Наказ МВС України від 10 жовтня 2010 року № 550 «Про затвердження Положення про службу дільничних інспекторів міліції». Не зрозуміло, хто зараз виконує ці функції та на якій правовій основі. Оскільки в структурі Національної поліції не з'явився правонаступник «міліції громадської безпеки», вважаємо її функції, в тому числі профілактику правопорушень, дозвільну систему необхідно передати патрульній поліції, внісши відповідні зміни до Положень про патрульну службу та Департамент патрульної поліції.

Наступною проблемою, яку слід виділити – це практична реалізація повноважень патрульною поліцією. Так, не прийнято нормативно-правові акти, які б визначали алгоритми дій працівників поліції в типових та нетипових ситуаціях. Діє старий статут патрульно-постової служби, не скасовані нормативно-правові акти, які регламентували діяльність Державної автомобільної інспекції, зокрема Наказ МВС України від 27 березня 2009 року № 111 «Про затвердження Інструкції з питань діяльності підрозділів дорожньо-патрульної служби Державтоінспекції МВС». На основі цього нормативно-правового акту потрібно розробити новий, який би регламентував діяльність патрульної поліції з урахуванням змін у діючому законодавстві.

Крім того, існують норми закону, які досить важко виконати на практиці. Так, однією з найбільших проблем є встановлення особи правопорушника, коли особа не називає своїх даних. Відповідно до ст. 260 КУпАП [4] це є підставою для адміністративного затримання на 3 години. Відлік часу розпочинається з моменту фактичного затримання. Якщо за цей час не вдається встановити особу, її просто відпускають. Правопорушники часто користуються прогалиною в законодавстві і навмисно «затягують» час щоб уникнути відповідальності. Виходом з цієї ситуації є внесення змін до законодавства, а саме – визначення строку адміністративного затримання – до встановлення особи. Крім цього, потрібно спростити процедуру отримання картки форми 1 з міграційної служби, на підставі якої можливо встановити особу, оскільки зараз досить проблематично її отримати. Для цього потрібно надсилати запит до міграційної служби та чекати до 3 діб. Також на законодавчому рівні необхідно встановити обов'язок громадянина повідомити свої особисті дані, оскільки даний обов'язок не суперечить ст. 63 Конституції України.

Окрему увагу слід приділити превентивним поліцейським заходам. В цілому позитивно оцінюючи намагання законодавця визначити та на законодавчому рівні закріпити межі, підстави та порядок діяльності поліцейського, деякі норми потребують додаткового уточнення.

Так, ст. 32 Закону «Перевірка документів» та ст. 34 «Поверхнева перевірка» до підстав застосування вказаних превентивних заходів відносять т. зв. «достатні підстави» вважати, що особа має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю. Вважаємо за необхідне в Законі конкретизувати, що саме відноситься до достатніх підстав, а саме – звернення (повідомлення) до поліції громадян з відповідною інформацією, виявлення відповідних фактів безпосередньо поліцейським, якщо поліцейський застав особу при вчиненні правопорушення, отримання інформації в результаті проведення оперативно-розшукових заходів.

До того ж, ч. 5 ст. 34 Закону визначає право поліцейського при здійсненні поверхневої перевірки вимагати відкрити кришку багажника та/або двері салону. Нічого не сказано про капот, а саме під капотом можуть бути ідентифікаційні номера транспортного засобу, під капотом можна перевозити небезпечні речі. Також на нормативному рівні не закріплено обов'язок водія знати, як відчиняється багажник, що породжує фактичну неможливість виконання цієї норми.

Наступний превентивний поліцейський захід, при застосуванні якого виникають певні проблеми – це поліцейське піклування. Це стосується недостатньої урегульованості проведення вилучення окремих предметів в особи при здійсненні поліцейського піклування та відсутність строків передавання особи. Пропонуємо у ст. 41 Закону закріпити положення, відповідно до якого поліцейський

має право для особистої безпеки здійснити поверхневу перевірку особи та огляд її речей у порядку ст. 34 Закону. Частина 4 ст. 41 Закону передбачає складення протоколу про поліцейське піклування, але форми даного процесуального документа жодним нормативно-правовим актом не встановлено.

Отже, вважаємо, що в цілому реформування МВС України знаходиться на правильному шляху, але потребує вдосконалення законодавче забезпечення діяльності Національної поліції, зокрема визначення правового статусу патрульної поліції, прийняття підзаконних актів, які б регламентували порядок реалізації її повноважень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 року // Голос України. – Ст. 141–142.
2. Положення про Департамент патрульної поліції : Наказ Національної поліції від 06 листопада 2015 року № 73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://patrol.police.gov.ua/wp-content/uploads/2016/03/polozhennyaproDPP-1.pdf
3. Про затвердження Положення про патрульну службу Міністерства внутрішніх справ України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 22 липня 2015 року № 796 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0777-15
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07 грудня 1984 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – № 51. – Ст. 1122.

УДК 343.31

ДОСВІД ДІЯЛЬНОСТІ СИЛ ОХОРОНИ ПРАВОПОРЯДКУ ТА МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ З ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ НА ТЕРИТОРІЇ КРАЇН ПОСТРАДЯНСЬКОГО ПРОСТОРУ

EXPERIENCE OF FORCE LAW ENFORCEMENT AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS WITH THE SETTLEMENT OF THE ARMED CONFLICTS IN THE POST-SOVIET COUNTRIES

Євтушенко І.В.,
аспірант
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Проведено аналіз поняття соціального конфлікту та джерел його виникнення у пострадянських державах. Встановлено, що збройні конфлікти можуть призвести до появ «невизнаних держав». Визначено, що провідну роль у врегулюванні збройних конфліктів на пострадянських теренах відігравали міжнародні миротворчі місії. Здійснено аналіз та надано класифікацію миротворчих поліцейських місій та доведено необхідність їхнього залучення до врегулювання збройного конфлікту на території Донецької та Луганської областей.

Ключові слова: збройний конфлікт, сили охорони правопорядку, міжнародні організації, країни пострадянського простору.

Проведен анализ понятия социального конфликта и источников его возникновения в постсоветских государствах. Установлено, что вооруженные конфликты могут привести к появлению «непризнанных государств». Определено, что ведущую роль в урегулировании вооруженных конфликтов на постсоветском пространстве играли международные миротворческие миссии. Осуществлен анализ и предложена классификация миротворческих полицейских миссий и доказана необходимость их привлечения к урегулированию вооруженного конфликта на территории Донецкой и Луганской областей.

Ключевые слова: вооруженный конфликт, силы охраны правопорядка, международные организации, страны постсоветского пространства.

The armed conflict in the South East of Ukraine led to significant civilian casualties and law enforcement forces. The settlement of the armed conflict by the counterterrorist operation revealed a number of issues in the organization of the Special monitoring mission the Organization for Security and Cooperation in Europe and its interaction with units of law enforcement forces of Ukraine. Thus, under these conditions the question of research experience of law enforcement forces and international organizations to resolve the armed conflict in the territory of the former Soviet Union are extremely important.

In recent years some literature issues affecting the regulatory and legal principles of settlement of the armed conflict. Raise the study of the conflicts in the former Soviet countries and the appropriateness of the involvement of police missions in Ukraine during the antiterrorist operation in the Donetsk and Lugansk regions. However, the direction of scientific research experience of law enforcement forces and international organizations to resolve the armed conflict in the territory of the former Soviet Union to determine a solution to the armed conflict on the territory of Ukraine in research paid insufficient attention.

The article is an analysis of the experience of the settlement of armed conflicts in the former Soviet countries and the formation of proposals solution to the armed conflict in Ukraine.

In the article the author analyzes the concept of social conflict and the sources of its emergence in the post-Soviet states. Established that armed conflict can lead to «unrecognized states». Determined that the leading role in the settlement of armed conflicts on post-Soviet territory played an international peacekeeping mission. The analysis and the classification given to police peacekeeping missions and the necessity of their involvement in the settlement of the armed conflict in the Donetsk and Lugansk regions. The proposals of solution to the armed conflict in Ukraine.

Key words: armed conflict, forces of law enforcement, international organizations, post-Soviet countries.

Збройних конфлікт на Південному Сході України призвів до значних втрат особового складу сил охорони правопорядку України, жертв серед цивільного населення, а також до катастрофічного падіння соціально-економічного розвитку. Складна суспільно-політична та воєнна обстановки як у Донецькій та Луганських областях України, так і в цілому в державі змушують Уряд звертатися за допомогою до міжнародних інституцій сфери безпеки. Президент України неодноразово зазначав на необхідності залучення поліцейських місій Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), Ради безпеки Європейського Союзу (далі – ЄС) та Організації з безпеки та співробітництва в Європі

(далі – ОБСЄ) після настання «умовного» припинення бойових дій, що було досягнуто «Мінськими угодами».

Наразі рішення щодо залучення міжнародного поліцейського контингенту до врегулювання збройного конфлікту на Південному Сході України Радами безпеки ООН, ЄС, ОБСЄ ще не прийнято. Мандат було отримано та подовжено тільки цивільній неозброєній Спеціальній моніторинговій місії ОБСЄ на території України, основним завданнях якої є моніторинг дотримання «Мінських угод» та малочисельній Спостережній місії ОБСЄ на пунктах пропуску «Гуково» і «Донецьк» на території Російської Федерації. Тому відкритим залишається питання майбутніх шляхів врегулювання збройного конфлікту, а також ходу й терміну проведення антитерористичної операції силами охорони правопорядку України в Донецькій та Луганській областях.

За цими міркуваннями, в статті доречним вважається вивчення досвіду діяльності сил охорони правопорядку з врегулювання збройних конфліктів на території країн пострадянського простору, що пройшли через подібні кризові ситуації. Слушним та актуальним також є дослідження практики залучення міжнародних організацій сфери безпеки до врегулювання збройних конфліктів на зазначеній території.

В літературі останніх років окремі дослідження торкаються нормативно-правових засад врегулювання збройного конфлікту, зокрема у роботах таких вчених, як: Авер'янов В. Б., Бандурка О. М., Балдинюк О. В., Вакулич В. М., Гуцман М. Я., Дубов Д. В., Дяченко В. І., Зелінська Н. А., Іванов Ю. А., Лисик В. М., Пендюра М. М., Пулим О. В. та ін. Вивченню конфліктів в країнах пострадянського простору присвячені праці Ланцова С. А., Кулика В. М., Чумаченка О. А. Питання доречності залучення поліцейських місій на території України під час проведення антитерористичної операції в Донецькій та Луганській областях підняті в роботах Фесенко В. В., Максака Г. А. та ін. Однак науковому напрямку дослідження досвіду діяльності сил охорони правопорядку та міжнародних організацій з врегулювання збройних конфліктів на території країн пострадянського простору для визначення шляхів врегулювання збройного конфлікту на території України в юридичних наукових дослідженнях приділено недостатню увагу.

Метою статті є аналіз досвіду врегулювання збройних конфліктів в країнах пострадянського простору та формування пропозицій з шляхів врегулювання кризової ситуації в Україні.

Найчастіше однією з початкових стадій виникнення збройного протистояння є поява соціального конфлікту. За загальним визначенням термін «конфлікт» означає «зіткнення думок, переконань, сил» тощо. Сучасна наукова думка термін «соціальний конфлікт» [1] розуміє як вищу стадію розвитку суперечностей у системі відносин людей, соціальних груп, соціальних інститутів, суспільстві в цілому, яка характеризується посиленням протилежних тенденцій, інтересів соціальних груп та індивідів.

Під час розпаду «Радянської імперії» виникла велика кількість соціальних конфліктів на території його колишніх республік. Більшою частиною територіальні суперечності були причиною цих конфліктів.

Світовою юридичної спільнотою схвалено взаємне визнання державного суверенітету й встановлення дипломатичних відносин новостворюваними державами після припинення існування Радянського Союзу як суб'єкта міжнародного права у грудні 1991 року. Нормативно це кваліфікували як «мирне розлучення й розподіл радянської спадщини» на основі принципу uti possidetis (володій тим, чим володієш).

Одним з найбільш розповсюджених джерел соціальних конфліктів у державах на пострадянській території стала проблема представництва в управлінні країнами «етнічних меншостей», а також, як було зазначено, етнотериторіальний фактор.

На думку Ланцова С. А., всю безліч причин територіально-етнічних конфліктів на пострадянському просторі можливо поділити на групи [2]:

– спірність ліній кордонів, пов'язана з її змінами, а, відповідно, і зі змінами національно-державної належності території;

– спірність належності й статусу територіальної одиниці, пов'язана з їхніми змінами, а також зі скасуванням або злиттям автономій;

– відсутність автономії у окремих етнічних груп, що мають державність на інших територіях або не мають її взагалі;

– етнічна неоднорідність національно-державних утворень (наприклад, національних автономій);

– етнічна, історична, конфесіональна, культурна, економічна спільність територій, розділених національно-політичними кордонами, або, навпаки, своєрідність якої-небудь частини території за згаданими ознаками;

– неможливість проживання народу на даній території (як наслідок депортацій, заяв про винятковість прав одного етносу на його «споконвічні» території тощо).

Поняття соціального конфлікту у юридичних наукових джерелах тісно пов'язане з іншим терміном – «невизнана держава». Як свідчать історичні події, поняття «невизнана держава» виникло у другій половині XX ст. в результаті розвитку та видозмінення більш раннього політичного явища – «самопроголошена держава».

Кулик В. М. зазначає, що через стадію «самопроголошеної держави» пройшли більшість країн світу. При цьому, у результаті етнотериторіальних конфліктів, одночасно з «визнаними», на території пострадянського простору виникли «невизнані» держави, такі як Нагірнокарабахська Республіка, Придністровська Молдавська Республіка та ін. Міжнародна спільнота визнала пріоритет принципу непорушності кордонів над принципом права на самовизначення, й не визнала ці нові державні утворення. Юристи відмічають, що багато цих утворень є повністю сформованими державами, що мають діючий державно-управлінський апарат та високий рівень довіри населення [3].

Сучасна юридична наука визначає невизнані держави як утворення, які, маючи всі ознаки державності (суверенітет, наявність публічної влади, кордонів, власної податкової і правової системи), водночас позбавлені повного або часткового міжнародного дипломатичного визнання і, таким чином, не можуть де-юре виступати суб'єктами міжнародних відносин. Цілком погоджуємося з цією думкою.

На наш погляд, виправданою є класифікація невизнаних держав, що запропонував Кулик В. М. [3]:

– частково визнані держави, що контролюють свою територію;

– невизнані держави з фактичним контролем своєї території;

– невизнані держави із частковим контролем своєї території;

– частково визнані держави, що перебувають під військовою окупацією;

– території, що перебувають під міжнародним управлінням, а їхнє населення прагне суверенітету.

Виходячи з цих міркувань, варто зазначити, що сучасне становище у Донецькій та Луганській областях України, виходячи з наведених прикладів заморожених конфліктів та невизначених держав, може призвести до заморожування конфлікту і на території цих областей, що на наш погляд, є одним з найгірших сценаріїв врегулювання конфлікту. З метою запобігання цього сценарію слід розглянути існуючи практику врегулювання конфліктів.

Провідну роль у врегулюванні збройних конфліктів на пострадянських теренах відігравали міжнародні операції

з підтримання миру і безпеки, що є міжнародними діями або заходами, які спрямовані на виконання миротворчих чи гуманітарних завдань, що здійснюються за рішеннями Ради Безпеки ООН відповідно до Статуту ООН, ОБСЄ, інших міжнародних організацій, які несуть відповідальність у сфері підтримання міжнародного миру і безпеки.

Головними цілями та метою проведення міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки Законом України «Про участь України в міжнародних миротворчих операціях» визначено [4]:

– запобігання виникненню міждержавних або внутрішніх конфліктів;

– врегулювання або створення умов для врегулювання міждержавних, а також внутрішніх конфліктів за згодою сторін конфлікту або з використанням примусових заходів за рішенням Ради Безпеки ООН, що може включати, зокрема, спостереження і контроль за додержанням угод про припинення вогню та інших ворожих дій, роз'єднання сторін, які конфліктують, роззброєння і розформування їх підрозділів, виконання інженерних та інших робіт;

– боротьба з міжнародним тероризмом і піратством;

– евакуація населення із зони конфлікту;

– ліквідація наслідків надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру;

– подання гуманітарної допомоги населенню, яке постраждало внаслідок міждержавних або внутрішніх конфліктів;

– виконання поліцейських функцій по забезпеченню безпеки і додержання прав людини;

– подання допомоги у подоланні наслідків конфліктів та відновлення миру;

– усунення загрози миру, порушень миру чи акту агресії.

Відповідно до Стратегії міжнародної миротворчої діяльності України, сучасні міжнародні миротворчі операції за своїм характером здебільшого не є суто військовими. Вони все більше набувають комплексного характеру з широким спектром поліцейських функцій. А, отже, такі операції потребують залучення як військовослужбовців, так і цивільних осіб, а також зусиль одразу декількох міжнародних і регіональних організацій з безпеки та неурядових організацій [5].

Тому за загальноприйнятою класифікацією міжнародні операції з підтримання миру і безпеки поділяються на:

– операції зі встановлення (сприяння) миру;

– операції з підтримання миру;

– операції з примушення до миру;

– операції з відбудови миру.

Також міжнародні операції з підтримання миру і безпеки в сучасних дослідженнях класифікуються на [6, с. 59]:

– воєнні операції, що проводяться з метою роз'єднання конфліктуючих сторін і встановлення миру в районі кризи;

– поліцейські місії, що здійснюються, як правило, після проведення операцій з врегулювання кризи або одночасно з ними, що мають за мету надання допомоги місцевому уряду в стабілізації обстановки всередині держави шляхом формування і підготовки дієздатних органів охорони правопорядку;

– миротворчі місії зі сприяння встановленню або забезпеченню правопорядку («верховенства закону»), що спрямовані на надання допомоги урядам зацікавлених країн у реформуванні силових структур й установ державної влади, а також судово-правової системи з метою становлення і розвитку в державі демократичних і правових норм;

– спостережні місії, що передбачають здійснення контролю за виконанням конфліктуючими сторонами досягнутих домовленостей.

Виходячи з аналізу сучасної ситуації на Південному Сході України, можливо зробити висновок, що залучення поліцейської миротворчої місії є вкрай необхідним. А, отже, доречно розглянути діяльність основних міжнародних поліцейських та спостережних місій за егідою ООН, ЄС та ОБСЄ на території колишнього Радянського Союзу та Югославії.

У 1993–2009 роках діяла місія ООН зі спостереження в Грузії, що була заснована 24 серпня 1993 року в ході збройного конфлікту в Абхазії для перевірки виконання угоди про припинення вогню від 27 липня 1993 року, укладеної між урядом Грузії і фактичною владою Абхазії. Спостерігачі місії особливу увагу приділяли становищу в місті Сухумі, завданням місії було розслідування повідомлень про порушення припинення вогню і здійснення зусиль щодо врегулювання подібних інцидентів із залученими сторонами. Санкціонована чисельність спостережної місії становила 88 військових спостерігачів.

У 1994–2000 роках діяла місія спостерігачів ООН в Таджикистані, що була заснована 16 грудня 1994 року для спостереження за припиненням вогню між силами уряду Таджикистану і Об'єднаної таджицької опозиції. Після підписання загального мирного угоди 1997 року мандат був розширений і доповнений функціями з контролю над дотриманням мирної угоди. Спостережна місія успішно виконала поставлені завдання і припинила свою діяльність 15 травня 2000 року.

Також, на наш погляд, необхідно згадати вдалі місії ООН на території колишньої Югославії, а саме Операція ООН по відновленню довіри в Хорватії 1995–1996 років, Місія ООН в Боснії і Герцеговині 1995–2002 років і не поліцейська тимчасова Місія ООН у Косово, а саме тимчасова цивільна адміністрація під егідою ООН, яка діє на території частково визнаної держави Косово з 1999 року. Доцільно зазначити, що залучення миротворчої поліцейської місії ООН в Донецькій та Луганській областях дозволило б встановити остаточний мир та припинення вогню, однак наразі отримання мандату місії є неможливим з причини накладання вето Російською Федерацією.

Розглядаючи миротворчі місії ЄС необхідно зазначити, що найбільш вагомою з них є миротворча операція на теренах колишньої республіки Югославія. Поліцейська місія ЄС в Боснії і Герцеговині є першою операцією Європейської безпекової і оборонної політики, сформована протягом 2002 року і започаткована 01 січня 2003 року. Поліцейська місія ЄС офіційно завершила свій мандат 30 липня 2012 року, при цьому мандат і чисельність місії кілька разів модифікувалися. Максимальна чисельність місії досягала 540 осіб, до якої в різний час входили представники всіх країн-членів ЄС, також залучалися фахівці Ісландії, Канади, Норвегії, Росії, Туреччини, України та Швейцарії. На думку Чумаченко О. А., головним досягненням місії нині можна вважати формування стійкої загальнодержавної поліцейської системи, що дозволило почати процес стабілізації та асоціації, а також переговори про лібералізацію візового режиму між Боснією і Герцеговиною та ЄС [7, с. 40]. Не можна не погодитися з цим твердженням й можливо зазначити, що наразі вкрай необхідною є допомога подібної місії на Південному Сході України.

Крім цього, варто згадати автономну цивільну моніторингову місію ЄС в Грузії під назвою «Феміда». Місія Спостерігачів ЄС в Грузії в рамках ЄС з загальної політики безпеки та оборони розпочалася 01 жовтня 2008 року чисельністю у 200 осіб. До 2011 року до складу місії входило близько 300 осіб з Німеччини, Румунії, Польщі, Швеції, Франції, Італії. Цілями місії було сприяння стабільності в Грузії і в навколишньому регіоні; за результатами роботи місії у короткостроковій перспективі кризова ситуація стабілізувалася. На наш погляд, подібна

місія під егідою ОБСЄ наразі діє і в Україні, однак остаточних результатів – повного припиненню вогню вона ще не досягнула.

Що стосується миротворчих місій ОБСЄ, доречно погодитись із думкою про те, що більшість місій ОБСЄ в зонах конфліктів мають поліцейські компоненти, наприклад, місії в Косово, Сербії, Боснії і Герцеговині. При цьому в жодному з мандатів місій ОБСЄ немає завдання підтримувати правопорядок. Наприклад, серед функцій місії ОБСЄ в Косово визначено «тренінги і допомога правоохоронним органам у покращенні та виконанні ними їхніх стратегій та планів дій». Місія ОБСЄ в Боснії і Герцеговині відповідає за «проведення тренінгових програм в правоохоронних органах, підготовку урядових структур в розбудові їхніх можливостей належним чином реагувати на інциденти» [8].

Також можливо зазначити, що наразі діючі місії ОБСЄ є миротворчими зі сприяння встановленню або забезпеченню правопорядку та спостереження в Молдові, Узбекистані, Ашхабаді, Таджикистані, Астані, Бішкеку й, зрозуміло, в Україні і на двох російських пунктах пропуску «Гуково» і «Донецьк». Що стосується ситуації в Україні, то доречно зазначити, що на наш погляд, ефективність місії ОБСЄ підвищилася б, якщо вона мала б поліцейський компонент.

Розглядаючи шляхи врегулювання збройних конфліктів слід зазначити, що у розвинутих світових державах широко практикується залучення громадськості у сектор безпеки з метою допомоги силам охорони правопорядку у врегулюванні конфліктів. Організації громадянського суспільства здійснюють моніторинг кризових ситуацій з метою запобігання виникненню конфліктів та їх врегулювання.

Прикладом такої діяльності є суспільний фонд «За міжнародну толерантність» (незалежна киргизька національна громадська організація, яка займається миротворством, протидією конфліктам, головним чином, серед прикордонних груп населення Киргизстану, Таджикистану та Узбекистану, які проживають у Ферганській долині). Організацію було створено у 1998 році, з того часу вона випускає щотижневі бюлетені раннього запобігання, що містять аналіз та рекомендації щодо конфліктних ситуацій у Киргизстані [9].

Проект «Раннє попередження заради запобігання насильству» було створено у червні 2005 року ОБСЄ, Програмою Розвитку ООН та Міністерством закордонних справ Бельгії з метою запобігання насильницьким конфліктам шляхом створення механізмів прогнозування (дослідження) конфліктів і прийняття превентивних заходів. Для забезпечення проведення ретельного моніторингу ситуації в Киргизстані в рамках проекту створена національна мережа спостерігачів, яка складається з активістів громадських організацій, наукових співробітників, журналістів та співробітників правоохоронних організацій. Сьогодні нагляд за ситуацією здійснюють 32 спостерігачі, що займаються пошуком інформації та підтримують зв'язок з Центром раннього попередження [10].

З огляду на ситуацію на Південному Сході України можна підкреслити, що створення подібних організацій громадянського суспільства за підтримкою європейських країн в Україні наразі є дуже доречним. Однак залучення подібних існуючих міжнародних організацій, а, можливо, й створення нових проектів наразі є «примарним», оскільки остаточного припинення вогню в Донецькій та Луганській областях ще не досягнуто.

Після закінчення збройного конфлікту, посткризову ситуацію слід врегульовувати шляхом використання основних положень Проекту «Не нашкодь» [11], що формувався в рамках проекту «Місцевий потенціал заради миру» міжнародними організаціями з початку 1990-х років. Проект розроблений для визначення та формування програми допомоги органам державної влади та органам місцевого самоврядування щодо врегулювання конфліктних ситуацій різної природи. Аналітична основа проекту «Не нашкодь» надає інструменти для визначення конкретних кроків щодо наданням допомоги з врегулювання конфліктних ситуацій та може бути використана для планування, моніторингу, оцінки відповідних проектів. Проект складається з семи кроків [11]: розуміння контексту конфлікту; аналіз рушійних сил та напруженості; аналіз «З'єднувачів» та місцевого миротворчого потенціалу; аналіз програм допомоги; аналіз впливу програм надання допомоги на рушійні сили та «З'єднувачі»; врахування програмних опцій; випробування запропонованих програмних опцій та корегування проекту.

За основі викладеного можна зазначити наступне.

1. Під час розпаду «Радянської імперії» виникла велика кількість соціальних конфліктів на території його колишніх республік. Одним з найбільш розповсюджених джерел соціальних конфліктів у державах на цій території стала проблема представництва в управлінні країнами «етнічних меншостей», а також етнотериторіальний фактор.

2. Сучасне становище у Донецькій та Луганській областях України, виходячи з аналізу існуючих заморожених конфліктів та невизначених держав, може призвести до заморожування конфлікту і на території цих областей, що на наш погляд, є одним з найгірших сценаріїв врегулювання конфлікту.

3. Виходячи з аналізу сучасної ситуації на Південному Сході України, можливо зробити висновок, що залучення поліцейської миротворчої місії є вкрай необхідним. А, отже, слід врахувати досвід основних міжнародних поліцейських та спостережних місій під егідою ООН, ЄС та ОБСЄ на території колишнього Радянського союзу та Югославії.

4. Доцільно зазначити, що залучення миротворчої поліцейської місії ООН в Донецькій та Луганській областях дозволило б домогтися припинення вогню та встановити остаточний мир, однак наразі отримання мандату місії є неможливим з причини накладання вето Російською Федерацією. Також наразі вкрай необхідним є залучення поліцейської місії ЄС на Південному Сході України. Ефективність Спеціальної моніторингової місії ОБСЄ в Україні підвищилася б, якщо вона мала б поліцейський компонент.

5. У розвинутих світових державах широко практикується залучення громадськості у сектор безпеки з метою допомоги силам охорони правопорядку у врегулюванні конфліктів. З огляду на ситуацію на Південному Сході України можна підкреслити, що створення подібних організацій громадянського суспільства за підтримкою європейських країн в Україні наразі є дуже доречним. Однак залучення подібних існуючих міжнародних організацій, а, можливо, й створення нових проектів наразі є «примарним», оскільки остаточного припинення вогню в Донецькій та Луганській областях ще не досягнуто.

6. Після закінчення збройного конфлікту, посткризову ситуацію варто врегульовувати шляхом використання основних положень Проекту «Не нашкодь», що формувався в рамках проекту «Місцевий потенціал заради миру» міжнародними організаціями з початку 1990-х років. Проект розроблений для визначення та формування програми допомоги органам державної влади та органам місцевого самоврядування щодо врегулювання конфліктних ситуацій різної природи.

7. Напрями подальших розвідок будуть спрямовані на дослідження нормативно-правових засад взаємодії сил охорони правопорядку з міжнародними організаторами сфери безпеки та розроблення відповідних практичних рекомендацій для вирішення наявних проблем.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конфліктологія / Л. М. Герасіна, М. І. Панов, Н. П. Осіпова та ін. ; за ред. Л. М. Герасіної та М. І. Панова. – Х. : Право, 2002. – 256 с.
2. Ланцов С. Политическая конфликтология : учебное пособие / С. Ланцов. – СПб. : Питер., 2008. – 319 с.
3. Кулик В. «Невизнані» загрози / В. Кулик [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://postup.in.ua/usual.php?what=55803.
4. Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки : Закон України від 23 квітня 1999 року № 613-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/613-14.
5. Про Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України : Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 24 квітня 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435/2009.
6. Білоцький С. Д. Міжнародно-правове регулювання миротворчої діяльності ЄС / С. Д. Білоцький // Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2009. – № 2. – С. 56–61.
7. Чумаченко О. А. Поліцейська місія європейського союзу в Боснії і Герцеговині : розвиток інституційного виміру / О. А. Чумаченко // Проблеми міжнародних відносин : збірник наукових праць. – К .: КиМУ, 2013. – Вип. 6. – С. 28–44.
8. Мартинюк В. Для чого Україні поліцейська місія ОБСЄ? / В. Мартинюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://my.obozrevatel.com/politics/25894-dlya-chogo-ukraini-politsejska-misiya-obse.htm.
9. Foundation for Tolerance International [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // www.fti.org.kg/eng/welcome.php.
10. Goyvaerts J. Regular Expressions Cookbook / J. Goyvaerts, L. Steven. – O'Reily Media, Inc., 1005 Gravenstein Highway North, Sebastopol, CA 95472, 2012. – 595 p.
11. USAID Participant Training Program managed by CEUME / Consortium for Enhancement of Ukrainian Management Education [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ceume.org.ua.

УДК 342.95

ПРАВОВА ОСНОВА НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ ЕКОЛОГІЇ ТА ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

THE LEGAL FRAMEWORK OF THE PROVISION OF ADMINISTRATIVE SERVICES IN THE FIELD OF ECOLOGY AND NATURAL RESOURCES

Кучма К.С.,
здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізький національний університет

Стаття присвячена висвітленню правової основи надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів в Україні. На підставі проведеного аналізу нормативно-правових актів з питань надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів автором запропоновано їх класифікацію.

Ключові слова: адміністративні послуги, екологія, єдиний державний реєстр адміністративних послуг, класифікація, особливості, природні ресурси.

Статья посвящена освещению правовой основы предоставления административных услуг в сфере экологии и природных ресурсов в Украине. На основании проведенного анализа нормативно-правовых актов по вопросам предоставления административных услуг в сфере экологии и природных ресурсов автором предложена их классификация.

Ключевые слова: административные услуги, экология, единый государственный реестр административных услуг, классификация, особенности, природные ресурсы.

The scientific article is devoted to the coverage of the legal framework provision of administrative services in the field of ecology and natural resources in Ukraine. The aim of the article is the disclosure of the legal framework of administrative services in the field of ecology and natural resources. Achieve certain goals units associated with the tasks of scientific research aimed at the disclosure of the state of legal provision of administrative services in the field of ecology and natural resources in Ukraine by identifying and targeting classification of legal acts regulating the activities of entities providing administrative services in a certain area of the legal relations.

Based on the analysis of legal acts on the provision of administrative services in the field of ecology and natural resources of the author proposed classification. According to the legal force of normative legal acts regulating the provision of administrative services in the field of ecology and natural resources are divided into laws and regulations. The laws on the structure divided into codified (for example, the Land Code of Ukraine, the Water Code of Ukraine, the Code of Ukraine on mineral resources, the Forest Code of Ukraine, the Tax Code of Ukraine, single issues of protection and the rights of individuals to nature settled the Code of Administrative Procedure of Ukraine) and simple (in particular, the law of Ukraine «On Environmental protection», June, 25, 1991).

Key words: administrative services, environment, unified state register of administrative services, classification, characteristics, natural resources.

В сучасних умовах розвитку незалежної України як правової держави проголошеним є напрям інтенсивного розвитку публічно-сервісної моделі органів виконавчої влади, спрямованої на досягнення європейських стандартів надання адміністративних послуг. Правова основа надання адміністративних послуг складається зі значної кількості нормативно-правових актів законодавства: законів, інших правових актів, відомчих нормативних актів.

Реалізація ефективної державної політики у сфері надання адміністративних послуг залежить від створення такої нової нормативно-правової основи, яка сприятиме максимальній ефективності діяльності публічного адміністрування. Дослідженню правового регулювання інституту адміністративних послуг, окремих його аспектів та особливостей присвячено численні праці В. Б. Авер'янова, К. К. Афанасьєва, В. М. Бесчастного, Н. В. Васильєвої, В. Л. Грохольського, І. П. Голосніченка, І. В. Дроздової, О. Ю. Іващенко, Ю. В. Іщенка, Р. А. Калюжного, С. Ф. Константінового, І. Б. Коліушка, Є. О. Легези, Ю. О. Легези, М. Б. Остраха, В. В. Столбової, Г. М. Писаренка, О. О. Сосновика, М. Ф. Стахурського, В. П. Тимощука та інших науковців.

Однак, незважаючи на численні наукові дослідження правової категорії адміністративних послуг у цілому, відсутнє комплексне дослідження особливостей правового регулювання надання адміністративних послуг саме у сфері екології та природних ресурсів України. Тому актуальність проведення наукового дослідження проблем стану правового забезпечення надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів особливо гостро постає в умовах побудови правової держави та реформування адміністративної системи органів публічної адміністрації.

Метою статті є розкриття правової основи надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів. Досягнення визначеної мети підрозділу пов'язується з вирішенням завдань наукового пошуку, спрямованих на розкриття стану правового забезпечення надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів в Україні шляхом визначення та наведення класифікації нормативно-правових актів, що регулюють діяльність суб'єктів надання адміністративних послуг у визначеній сфері правовідносин.

Адміністративно-правова політика у сфері екології та використання природних ресурсів є складовою адміністративної реформи, що проводиться відповідно до Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, схваленої Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р [1]. Цей документ передбачає надання органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями, які перебувають у їх управлінні, публічних послуг. Ключовими аспектами Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, які вплинули на розвиток громадянського суспільства в Україні, є те, що вперше акцентовано увагу на такій важливій складовій державних і муніципальних послуг, як адміністративні послуги, а також виділено адміністративну послугу як різновид послуг не лише державних органів, державних підприємств та організацій, а й тих осіб, які виконують делеговані державою функції [1].

Правове регулювання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів базується на диференціації об'єкту правового регулювання. Так, національне екологічне законодавство поділяє природні ресурси за сферою правового регулювання на два види: загальнодержавного та місцевого значення.

Зокрема, відповідно до ст. 39 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» до природних ресурсів загальнодержавного значення належать [2]: а) територіальні та внутрішні морські води; б) природні ресурси континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони; в) атмосферне повітря; г) підземні води; д) поверхневі води, що знаходяться або використовуються на території більш як однієї області; е) лісові ресурси в межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення; ж) дикі тварини, що перебувають у стані природної волі, а також інші об'єкти тваринного світу у межах територіальних і внутрішніх морських вод, водойм, розташованих на території більш ніж однієї області, державних мисливських угідь, лісів державного значення, а також види тварин і рослин, занесені до Червоної книги України; з) корисні копалини, за винятком загальнопоширених.

Перелік природних ресурсів місцевого значення прямо Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» не визначено, при цьому ч. 3 ст. 39 врегульовано, що до природних ресурсів місцевого значення належать природні ресурси, не віднесені законодавством України до природних ресурсів загальнодержавного значення. Ще однією згадкою про наявність диференціації природних ресурсів є положення ст. 15 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», де визначено, що до повноважень місцевих рад у галузі охорони навколишнього природного середовища належить видання (переоформлення, видання дублікатів, їх анулювання) дозволів на спеціальне використання природних ресурсів місцевого значення у випадках, передбачених законом [2].

Оцінюючи стан законодавчого забезпечення надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів, слід відзначити надзвичайну розпорошеність нормативно-правових актів, що присвячені йому. Вони розрізняються за рядом критеріїв.

По-перше, за юридичною силою нормативно-правові акти, що регулюють надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів поділяються на закони та підзаконні нормативно-правові акти.

У свою чергу, закони за структурою поділяються на кодифіковані (наприклад, Земельний кодекс України, Водний кодекс України, Кодекс України про надра, Лісовий кодекс України, Податковий кодекс України, окремі питання захисту та забезпечення прав осіб на природокористування врегульовані Кодексом адміністративного судочинства України) та прості (зокрема, Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року [2]).

Підзаконні акти за ієрархією можна класифікувати за такими групами:

1) укази й розпорядження Президента України (наприклад, Указ Президента України «Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини» від 25 серпня 2015 року № 501/2015 [3]; розпорядження Президента України про призначення та звільнення з посад голів місцевих державних адміністрацій);

2) постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України (наприклад, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державну службу геології та надр України» від 30 грудня 2015 року № 1174 [4]; Постанова Кабінету Міністрів України «Про врегулювання питань щодо спеціального використання лісових ресурсів» від 23 травня 2007 року № 761 [5];

3) накази, інструкції, положення тощо центральних і місцевих органів виконавчої влади (наприклад, Наказ Міністерства екології та природних ресурсів від 15 лютого 2016 року № 56 «Про затвердження Регламенту погодження Мінприроди надання надр у користування» [6] тощо);

4) рішення й постанови органів місцевого самоврядування (наприклад, Рішенням Дніпропетровської міської ради від 18 лютого 2004 року №18/15 «Про обсяг і межі повноважень районних у місті рад та їх виконавчих органів» [7] затверджено перелік адміністративних послуг, які надаються виконавчими органами Дніпропетровської міської ради та територіальними органами центральних органів виконавчої влади);

5) організаційно-розпорядчі акти суб'єкта надання адміністративної послуги у сфері екології та природних ресурсів у вигляді наказів, інструкцій положень тощо, в тому числі з дотримання стандартів якості надання адміністративних послуг (визначення кількості годин прийому, максимального часу очікування в черзі та інших параметрів оцінювання якості надання адміністративних послуг), що закріплюється ст. 7 Закону України «Про адміністративні послуги» від 06 вересня 2012 року [8].

Крім того, підзаконні нормативні акти можна згрупувати за суб'єктом нормотворчості та виділити акти Президента України, Кабінету Міністрів України, центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. Наприклад, у Законі України «Про тваринний світ» [9] встановлюється, що допускається здійснення спеціального права на використання об'єктів тваринного світу шляхом полювання, при цьому у ст. 22 визначено, що право на полювання мають «громадяни України, які досягли

18-річного віку і одержали відповідні документи» в межах визначених для цього мисливських угідь. Відповідно згідно з нормами чинного законодавства порядок отримання відповідних документів визначається Наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 01 жовтня 2014 року № 383 [10], який по суті є правовою основою для надання адміністративної послуги з видачі посвідчення мисливця і контрольної картки обліку добутої дичини й порушень правил полювання. Однак, не зважаючи на те, що безпосередньо порядок видачі посвідчення мисливця і контрольної картки обліку добутої дичини й порушень правил полювання визначений одним Міністерством, безпосередньо суб'єктом-надавачем такої послуги є інший центральний орган виконавчої влади (далі – ЦОВВ), а саме : Державне агентство лісових ресурсів [11], що визначено ч. 3 ст. 14 Закону України «Про полювання та мисливське господарство» від 22 лютого 2000 року [12]. Також Наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 05 травня 2015 року № 172 затверджуються ліміти використання мисливських тварин державного мисливського фонду у сезон полювання 2015/2016 років [13]. До 2012 року ліміти добування мисливських тварин у сезон полювання встановлювались Міністерством екології та природних ресурсів України (далі – Мінприроди України) [14]. Не зрозумілим є факт передання до сфери компетенції Міністерства аграрної політики та продовольства України питання лімітування у сфері спеціального використання об'єктів тваринного світу, адже останні за своєю сутністю є передусім природним ресурсом, і тому очевидно, що правове регулювання їх його використання має вирішуватись спеціальним уповноваженим наявним суб'єктом публічної адміністрації – Мінприроди України.

За предметом правового регулювання: навколишнє природне середовище загалом та окремі природні ресурси. Наприклад, Положення про державну систему моніторингу довкілля, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 30 березня 1998 року № 391 [15], Порядок здійснення державного геологічного контролю, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 14 грудня 2011 року № 1294 [16].

За призначенням: комплексні нормативно-правові акти, які, у числі інших питань, регулюють і ті, що стосуються контролю в цій сфері (наприклад, Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року [2]), та спеціальні, що регулюють лише відносини з питань надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів (зокрема, Наказ Мінприроди від 01 лютого 1993 року № 3 «Про затвердження Інструкції про порядок видачі дозволів на добування (збирання) видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України, форм клопотання та бланків дозволів на таке добування», який визначає форму клопотання, що подається заявником для отримання дозволу на добування тварин, занесених до Червоної книги України та дозволу на збирання рослин, занесених до Червоної книги України) [17].

При цьому необхідно відзначити, що сфера надання адміністративних послуг охоплює всі природні ресурси, безвідносно до їх поділу на загальнодержавні та місцеві, оскільки головною метою зазначеного різновиду контролю (як і всіх інших у цій сфері) є забезпечення раціонального використання природних ресурсів, екологічної безпеки та охорона довкілля.

Склад нормативно-правових актів в цій сфері свідчить про відсутність єдиного підходу до формування відповідного законодавства. Зокрема, не можна пояснити, чому в одних випадках ключова роль у регулюванні відносин з надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів віддається закону, а в інших – постановам Кабінету Міністрів України чи актам ЦОВВ. Причому роль підзаконних актів у цьому регулюванні суттєво переважає роль законів. Це має негативні наслідки, оскільки створюється можливість для виконавчої влади довільно підходити до вирішення організаційних питань у вказаній сфері, що не забезпечує стабільності у функціонуванні механізму забезпечення прав осіб у сфері природокористування. Зокрема, у сфері надання адміністративних послуг з питань землеустрою спостерігається ситуація «лихоманки», відсутністю єдиної державної політики, яка змінюється постійно зі зміною Прем'єр-Міністра. Починаючи з 1992 року постійно спостерігається ситуація трансформаційних «псевдореформ», спрямованих на визначення сфери повноважень ЦОВВ у сфері землекористування. У 1992 році було створено Державний комітет України по земельній реформі [18], який був уповноважений вирішувати питання дозвільно-ліцензійної діяльності у сфері землекористування. У тому ж році цей орган було перетворено у Державний комітет по земельних ресурсах [19]. У 2007 році утворено Державне агентство земельних ресурсів України. Було змінено не лише назву органу, але і адміністративно-правовий статус: було встановлено, що такий орган прямо підпорядкований Міністру охорони навколишнього природного середовища. Однак Постановою Кабінету Міністрів України від 13 лютого 2008 року № 48 Державне агентство земельних ресурсів перетворено у Державний комітет України із земельних ресурсів [20]. У 2011 році у зв'язку з розширенням повноважень Президента України положення про Державне агентство земельних ресурсів вже затверджувалося його указом [21]. Згідно з Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 вересня 2014 року № 879-р було встановлено доцільність реорганізації Державного агентства земельних ресурсів [22]. Врешті-решт, маємо ситуацію, що у сфері державного управління з питань землекористування відсутній спеціалізований ЦОВВ. Наразі питання надання адміністративних послуг у сфері використання земельних ресурсів вирішує Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру [23]. Знайти пояснення всім цим реформуванням важко. Але нескладно здогадатися, що в їх процесі службовці відповідного органу були зайняті переважно вирішенням внутрішніх проблем, а не питаннями підвищення ефективності державного управління у сфері землеустрою та землекористування.

Законодавство з питань надання адміністративних послуг у сфері екології та природних ресурсів є надзвичайно розгалуженим, у ньому переважають підзаконні відомчі акти. Це законодавство потребує систематизації, впорядкування, зокрема, шляхом внесення змін до Законів України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про адміністративні послуги».

ЛІТЕРАТУРА

1. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р // Офіційний вісник України. – 2006. – № 7. – С. 376.

2. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

3. Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини : Указ Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015 // Офіційний вісник Президента України. – 2015. – № 20. – Ст. 1203.

4. Про затвердження Положення про Державну службу геології та надр України : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 року № 1174 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 3. – Ст. 192.

5. Про врегулювання питань щодо спеціального використання лісових ресурсів : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 травня 2007 року № 761 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 39. – Ст. 1550.

6. Про затвердження Регламенту погодження Мінприроди надання надр у користування : Наказ Міністерства екології та природних ресурсів від 15 лютого 2016 року № 56 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 18. – Ст. 761.

7. Про обсяг і межі повноважень районних у місті рад та їх виконавчих органів : Рішення Дніпропетровської міської ради від 18 лютого 2004 року № 18/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jrr.dp.ua/rayvlada/rayonna-rada/povnovajennya

8. Про адміністративні послуги : Закон України від 06 вересня 2012 року // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

9. Про тваринний світ: Закон України від 13 грудня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 14. – Ст. 97.

10. Про затвердження Порядку видачі посвідчення мисливця і контрольної картки обліку добутої дичини й порушень правил полювання : Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 01 листопада 2014 року № 383 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 88. – Ст. 2543.

11. Реєстр адміністративних послуг місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування (у розрізі адміністративно-територіальних одиниць України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&tag=ReiestrAdministrativnikhPoslug

12. Про полювання та мисливське господарство : Закон України від 22 лютого 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 18. – Ст. 132.

13. Про затвердження Лімітів використання мисливських тварин державного мисливського фонду у сезон полювання 2015/2016 років : Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 05 травня 2015 року № 172 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 42. – Ст. 1343.

14. Про затвердження лімітів добування (відстрілу, відлову) диких парнокопитих та хутрових звірів і встановлення норм відстрілу інших мисливських тварин у сезон полювання 2012–2013 років : Наказ Міністерства екології та природних ресурсів від 11 квітня 2012 року № 230 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 34. – Ст. 1286.

15. Положення про державну систему моніторингу довкілля : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 березня 1998 року № 391 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – С. 91.

16. Про затвердження Порядку здійснення державного геологічного контролю : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 грудня 2011 року № 1294 // Урядовий кур'єр. – 2012. – № 1.

17. Про затвердження Інструкції про порядок видачі дозволів на добування (збирання) видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України, форм клопотання та бланків дозволів на таке добування : Наказ Міністерства екології та природних ресурсів України від 01 лютого 1993 року № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0004-93

18. Питання Державного комітету України по земельній реформі : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 лютого 1992 року № 73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/73-92-п

19. Питання Державного комітету України по земельних ресурсах : Постанова Кабінету Міністрів України від 22 червня 1992 року № 345 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/345-92-п

20. Про реорганізацію Державного агентства земельних ресурсів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 13 лютого 2008 року № 48 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 12. – Ст. 304.

21. Про Державне агентство земельних ресурсів України : Указ Президента України від 08 квітня 2011 року № 445/2011 // Урядовий кур'єр. – 2011. – № 80.

22. Про утворення комісії з реорганізації Державного агентства земельних ресурсів : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 вересня 2014 року № 879-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 177.

23. Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 року № 15 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 7. – Ст. 164.

УДК 342.92

СТАН ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СФЕРИ ЕНЕРГОЕФЕКТИВНОГО ОСВІТЛЕННЯ В УКРАЇНІ

STATUS OF LEGISLATIVE PROVISION IN ENTRGY-EFFICIENT LIGHTING OF UKRAINE

Лебедєва А.В.,
к.ю.н.,
лідер з провадження політики енергоефективного освітлення
Проекту «Трансформація ринку у напрямку енергоефективного освітлення» ПРООН Україна

Стаття присвячена актуальній проблемі становлення адміністративного законодавства у сфері енергоефективного освітлення в Україні. На сьогодні Україна є енергозалежною державою, покращення ситуації лежить у площині нормативно-правового забезпечення цієї сфери поряд з іншими не менш важливими факторами державного регулювання. Україна взяла на себе зобов'язання за Договором Енергетичного Співтовариства, який передбачає гармонізацію національного законодавства відповідно до норм Європейського Союзу. Цей процес в Україні триває повільно, що негативно відбивається на русі держави до енергонезалежності.

Ключові слова: законодавство, імплементація, Директива, процес гармонізації, енергоефективність, енергоефективне освітлення, енергонезалежність.

Статья посвящена актуальной проблеме становления административного законодательства в сфере энергоэффективного освещения в Украине. На сегодня Украина является энергозависимым государством, улучшение ситуации лежит в плоскости нормативно-правового обеспечения этой сферы наряду с другими не менее важными факторами государственного регулирования. Украина взяла на себя обязательства по Договору Энергетического Сообщества, который предусматривает гармонизацию национального законодательства в соответствии с нормами Европейского Союза. Этот процесс в Украине продолжается медленно, что негативно отражается на движении государства к энергонезависимости.

Ключевые слова: законодательство, имплементация, Директива, процесс гармонизации, энергоэффективность, энергоэффективное освещение, энергонезависимость.

Lighting is the obvious target of state energy efficiency programs, because there are highly profitable savings from using more efficient equipment and practices, there is considerable market barriers that prevent end-users to make decisions that optimize cost and is energy-intensive rapid turnover of capital, which means significant savings energy can take place. For 20 years the vast majority of local lighting, even in developed countries, updated and, therefore, the implementation of policies aimed at creating new and replacement of existing systems can make a significant impact during this time lag.

The main objective of each national legislation on energy saving and energy efficiency is to create favorable conditions for the rational use of energy in the local and national economy, avoiding direct intervention in economic activities of business entities. To fulfill this task primarily requires effective coordinated and transparent system of regulations governing energy saving and energy efficiency in the country. Such a system should include a law that would provide a connection tool of state regulation and promotion entities and the public about energy efficiency.

Current legislation does not define energy efficiency instead of the current law states that «energy efficient products, technology, equipment» is a product or a method, a means of production that ensure rational use of energy resources compared to other options use or production of the same consumer level or with similar technical and economic indicators.

Thus, we can say that, despite the adoption of a number of regulations, systematic approach to regulating energy institute in the Ukrainian legislation there is no legal regulation of the institute of energy efficiency and the energy sector as a whole needs further legislative development and systematization.

Key words: legislation, implementation, Directive, harmonization process, energy efficiency, energy-efficient lighting, energy independence.

Освітлення є очевидною метою державних програм енергоефективності, адже існує високорентабельна економія від використання більш ефективного обладнання та практик, існують значні ринкові бар'єри, що заважають кінцевим користувачам приймати рішення, що оптимізують витрати і відбувається швидкий оборот енергомісткого капіталу, що означає, що значна економія енергії може мати місце. Вже за 20 років переважна більшість місцевих систем освітлення, навіть у розвинених країнах, оновлюватимуться і, отже, здійснення політики, що має на меті створення нових та заміну наявних систем, може здійснити значний вплив протягом цього часового лагу [1].

Основним завданням кожного національного законодавства з енергозбереження та енергоефективності є створення сприятливих умов для раціонального використання енергоресурсів в місцевій і національній економіці, уникаючи безпосереднього втручання у господарську діяльність суб'єктів господарювання. Для реалізації цього завдання, перш за все, необхідна дієва взаємоузгодженість і прозора система нормативно-правових актів, що регулюють питання енергозбереження та енергоефективності в державі. Така система повинна містити правові норми, які б передбачали з'єднання інструментів державного регулювання та заохочення суб'єктів господарювання та населення щодо ефективного використання енергоресурсів.

Відправною точкою в розробці відповідного законодавства в Україні стало прийняття Верховною Радою України у 1994 році Закону України «Про енергозбереження». Цей Закон вперше визначив правові, економічні, соціальні та екологічні основи діяльності з енергозбереження для всіх підприємств, об'єднань, організацій і громадян України. На сьогодні у сфері енергозбереження діють близько 150 нормативно-правових актів, система стандартів і значна кількість нормативно-методичних документів. І тільки незначна їх частина торкається питань ефективного використання енергоресурсів. Надалі буде проаналізовано з юридичної та практичної точок зору деякі аспекти державної політики в галузі енергозбереження та енергоефективності, відображеної в цих документах.

Чинне законодавство не містить визначення енергоефективності, замість цього чинний Закон визначає, що «енергоефективна продукція, технологія, обладнання» являє собою продукцію або метод, засіб її виробництва, що забезпечують раціональне використання паливно-енергетичних ресурсів порівняно з іншими варіантами використання або виробництва продукції однакового споживчого

рівня чи з аналогічними техніко-економічними показниками [2]. У широкому розумінні під енергоефективністю мають на увазі організаційну, наукову, практичну, інформаційну діяльність, спрямовану на ефективне використання паливно-енергетичних ресурсів. Саме таке визначення було запропоновано в ряді останніх законопроектів. На нашу думку, термін «енергоефективність» потрібно розуміти, виходячи із аналогічного терміну, що подається у Директиві 2012/27/ЕС, а саме: «…це співвідношення між кількістю отриманих результатів діяльності (продуктивності), послуг, товарів або енергії на виході та витраченою енергією на вході». Як бачимо, це визначення подається через поняття енергоємності, що нерозривно пов'язане із попереднім терміном.

Щодо питань адміністрування сфери енергетичного освітлення, то можна констатувати наступне. На інституційному рівні основні питання енергетики, і енергоефективності зокрема, розподілені між багатьма центральними органами виконавчої влади: Міністерством економічного розвитку і торгівлі України, Міністерством енергетики та вугільної промисловості України, Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, Державним агентством з енергоефективності та енергозбереження України, а також на прийняття багатьох рішень істотний вплив мають Міністерство фінансів України і Державна фіскальна служба України.

В умовах розпорошеності національного законодавства та за відсутності політичної волі проблему законодавчого врегулювання стимулювання енергозбереження та енергоефективності дуже важко вирішити в короткі терміни. Доцільно було б, як варіант, врегулювати існуючі невідповідності в окремому законі, в якому чітко визначити, перш з все, поняття «енергоефективність» та супутні терміни, такі як – «енергозбереження», «екодизайн», «енергоємність» тощо.

Вважаємо, що самі ці категорії повинні лягти у фундамент базового законопроекту у сфері енергоефективності та мати направленість на узгодженість та приведення у відповідність із профільними Директивами 2009/27/ЄС та 2012/125/ЄС, перш за все, термінологічно-понятійного апарату чинного законодавства України. Запропоновані терміни повинні бути ідентичними із аналогічними поняттями «енергоефективність» (п. 4 ст. 2 Директиви 2012/27/ЄС), «енергозбереження» (п. 5 с. 2 Директиви 2012/27/ЄС), «екодизайн» (п. 23 ст. 2 Директиви 2009/125/ЄС), «поліпшення енергоефективності» (п. 6 ст. 2 Директиви 2012/27/ЄС), зафіксованих у вищезазначених директивних документах ЄС у цій галузі [3].

Але ми повинні враховувати і національні особливості та традиції українського адміністративного права, і у зв'язку із цим такі ключові поняття як «енергоефективність» та інші подавати у адаптованому вигляді через розуміння «енергоємності». Саме такий підхід забезпечить та значно покращить правозастосовну функцію використання таких термінів у практичній діяльності суб'єктів права та дозволить підсилити ступінь регуляторності того чи іншого нормативно-правового акту.

Ще однією не мало важливою проблемою є уточнення меж правового тлумачення терміну «освітлювальний прилад», який також необхідно закріпити у законодавчих актах із врахуванням наукового розуміння цього поняття та за аналогією до п. 3 ст. 2 Регламенту Європейської Комісії від 12 грудня 2012 року № 1194/2012 про імплементацію Директиви 2009/125/ЄС стосовно вимог щодо екодизайну для направлених ламп, світлодіодних ламп та пов'язаного обладнання.

Таким чином, можна говорити про те, що, незважаючи на прийняття низки нормативно-правових актів, системний підхід до регулювання інституту енергоефективності в українському законодавстві відсутній, правове регулювання інституту енергоефективності та енергетичного сектору в цілому потребує подальшого законодавчого розвитку та систематизації. Більше того, на нашу думку, існує необхідність в конвергенції національного законодавства України з правовою системою ЄС, що має забезпечити відповідність правової основи енергетичного сектора України європейському енергетичному законодавству відповідно до Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС, Програмою інтеграції України до ЄС, затвердженою Указом Президента України від 14 вересня 2000 року № 1072/2000, Спільною програмою адаптації законодавства України до законодавства ЄС, затвердженою Законом України 18 березня 2004 року № 1629-IV та Протоколом про приєднання України до Європейського енергетичного співтовариства, що підписаний в м. Скоп'є 24 вересня 2010 року.

Україна зробила важливий крок, підписавши Протокол про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства, який було ратифіковано Законом України від 15 грудня 2010 року № 2787-VI, та є частиною національного законодавства, яке застосовується у порядку та відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», а згідно зі ст. 15 цього Закону чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права. Закон набрав чинності з 01 лютого 2011 року.

Енергетичне Співтовариство – це регіональне об'єднання країн Південно-Східної Європи, створене для соціально-економічної стабільності та безпеки постачань серед країн-членів та ЄС. Воно засноване у 2006 році строком на десять років. Участь у Співтоваристві вимагає від його членів гармонізації нормативно-правової бази зі стандартами ЄС, імплементації Другого та Третього енергетичних пакетів. У середньостроковій перспективі Енергетичне Співтовариство має на меті утворити інтегровані енергетичні ринки по всьому регіону.

Для України участь у Співтоваристві дає можливості для запровадження на внутрішньому ринку більшої конкуренції, вищих технічних стандартів і правил регулювання, кращого інвестиційного клімату. Це також означає глибшу інтеграцію українського енергетичного сектору з ринками країн ЄС, посилення власної енергетичної безпеки. Перевагою членства в цій організації є і додаткові можливості для країн-членів у залученні міжнародних кредитів та технічної допомоги. Ставши повноправним членом Енергетичного Співтовариства, Україна зобов'язалась до 01 січня 2012 року імплементувати цілу низку європейських директив та регламентів, які б гармонізували її законодавство у сфері енергетики з європейською нормативно-правовою базою. Зміни мали бути запроваджені у сферах газу та електроенергії, навколишнього середовища, відновлюваних джерел енергії. Підписаний Україною Протокол про приєднання до Енергетичного Співтовариства містить чіткий перелік нормативно-правових актів, які мали бути враховані українським законодавством, і чіткі терміни для цього, але Кабінетом Міністрів України було затверджено План заходів щодо виконання зобов'язань в рамках Договору про заснування Енергетичного Співтовариства лише через шість місяців – 03 серпня 2011 року [4].

Таким чином, процес імплементації в Україні «покинутий» на самоплив і грузне в бюрократії. Не відчувши негайних дивідендів від членства, уряд втратив інтерес до нього, випустивши виконання поставлених планів з-під детального контролю. Хоча уряд і провадить зміну нормативно-правової бази, у встановлені Протоколом рамки він не вкладається.

Серед документів, рекомендованих до імплементації, що мають безпосереднє відношення до енергоефективного освітлення – Директива 2006/32/ЕС щодо кінцевої ефективності використання енергії та енергетичного сервісу, Директива 2010/31/ЕС щодо енергетичних характеристик будівель, Директива 2010/30/ЕС щодо маркуван-

ня енергетичної продукції, Директива 2012/27/ЕС щодо енергоефективності, Директива 2009/125/ЕС щодо встановлення рамок для екодизайну, що застосовуються до енергоспоживчої продукції.

На сьогодні, імплементованими в Україні є наступні: Директива 2009/125/ЕС, Директива 2010/31/ЕС, Директива 2006/32/ЕС. Наразі стоїть гостра потреба у пришвидшеній імплементації саме Директиви 2012/27/ЕС як базового документу, що визначає і встановлює ряд фундаментальних понять, принципів та механізмів для масштабного процесу з енергоефективності в країні.

Рішення цієї нагальної проблеми до недавнього часу знаходилось у рамках повноважень Міністерства юстиції України, яке здійснювало за рахунок своїх можливостей переклад документу, а також розміщення його кінцевої версії на офіційному сайті. Знедавна, після реорганізації Міністерства юстиції України цю функцію передано спеціально новоствореному урядовому органу з питань євроінтеграції, функціонування якого знаходиться ще на етапі становлення.

Отже, виходячи з вищезазначеного, можна констатувати, що стан законодавчого забезпечення у сфері енергоефективного освітлення не можна визнати задовільним. Питання адаптації міжнародних норм та стандартів у сфері енергоефективного освітлення проходить перманентно за пониженої зацікавленості у цьому процесі держави та інших суб'єктів права. Вирішенням проблеми має стати повноцінна діяльність спеціального урядового органу, який покликаний до активізації адаптації, гармонізації та трансформації вітчизняного законодавчого поля, а також підвищення свідомості представників влади, народних депутатів, пришвидшення процесів інтеграції правових засад енергоефективності міжнародного рівня у національний законодавчий простір України, що врешті-решт дозволить суттєво підвищити ступінь енергонезалежності нашої країни.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дослідження законодавства України у сфері енергоефективного освітлення [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lampochki.org.ua/?lang=uk

2. Про енергозбереження : Закон України від 01 липня 1994 року № 74/94-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/

3. Пояснювальна записка до законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо поліпшення енергоефективності в освітленні)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/

4. Про затвердження плану заходів щодо виконання зобов'язань в рамках Договору про заснування Енергетичного Співтовариства : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 03 серпня 2011 року № 733-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/

УДК 342.9

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ

ADMINISTRATIVE AND LEGAL FRAMEWORK OF EDUCATIONAL INSTITUTIONS

Литвин І.І.,
к.ю.н., доцент, докторант
Класичний приватний університет

У статті на основі аналізу чинного законодавства України досліджено адміністративно-правові засади діяльності навчальних закладів. Наголошено, що навчальний заклад, як і будь-яка інша юридична особа, є колективним і штучним утворенням, умови та порядок організації (створення) якого визначаються Законами України. Доведено, що первинними адміністративно-правовими засадами, на яких ґрунтується діяльність навчального закладу є установчі, тобто ті, що встановлюють вимоги, виконання яких є необхідною умовою створення навчального закладу.

Ключові слова: адміністративно-правові засади, навчальні заклади, освіта, законодавство України.

В статье на основе анализа действующего законодательства Украины исследованы административно-правовые основы деятельности учебных заведений. Отмечено, что учебное заведение, как и любое другое юридическое лицо, является коллективным и искусственным образованием, условия и порядок организации (создания) которого определяются Законами Украины. Доказано, что первичными административно-правовыми принципами, на которых основывается деятельность учебного заведения, является учредительные, то есть те, которые устанавливают требования, выполнение которых является необходимым условием создания учебного заведения.

Ключевые слова: административно-правовые основы, учебные заведения, образование, законодательство Украины.

The article, based on an analysis of current legislation of Ukraine, examined the administrative and legal framework of education. Emphasized that school, like any other entity is a collective and artificial formation, conditions and procedures of (creating) are determined by the laws of Ukraine. It is proved that the primary administrative and legal principles underlying the activities of the institution is a constituent, those that establish requirements for the implementation of which is a prerequisite for the establishment of the institution.

Key words: administrative and legal foundations, schools, education, legislation of Ukraine.

Одними із основних суб'єктів правовідносин у сфері освітніх послуг є навчальні заклади, адже саме вони, власне, ці послуги й надають. Відтак дуже важливим моментом є визначення правових, в тому числі адміністративно-правових засад, діяльності навчальних закладів. Зокрема значення останніх, тобто адміністративно-правових засад, обумовлене тим, що вони встановлюють вимоги щодо організації навчальних закладів, механізму здійснення внутрішньо-організаційного управління у них, визначають їх повноваження та відповідальність, умови та порядок матеріально-технічного, наукового, методичного та іншого забезпечення навчальних закладів, характер та порядок їх взаємовідносин з органами влади.

Дослідженню адміністративно-правових засад діяльності різних організацій присвячували увагу такі вчені, як: С. М. Домбровська, Я. В. Мельник, К. О. Кольченко,

Г. Ф. Нікуліна, П. М. Таланчук, І. С. Гриценко, Л. В. Коваль, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, Є. В. Курінний, Д. В. Радько, Ю. Н. Старилов та інші. Проте, на нашу думку, недостатньо уваги приділялось адміністративно-правовим засадам діяльності навчальних закладів України.

Метою статті є дослідження адміністративно-правових засад діяльності навчальних закладів.

У чинному Законі України «Про освіту» немає визначення такого загального поняття як «навчальний заклад», однак у ряді спеціальних законів, що регулюють функціонування різних ланок системи освіти, наводяться визначення окремих різновидів навчальних закладів. Так, наприклад, у Законі України «Про дошкільну освіту» [1] закріплено, що дошкільний навчальний заклад – навчальний заклад, що забезпечує реалізацію права дитини на здобуття дошкільної освіти, її фізичний, розумовий і духовний розвиток, соціальну адаптацію та готовність продовжувати освіту; у Законі України «Про загальну середню освіту» [2] – загальноосвітній навчальний заклад – навчальний заклад, що забезпечує реалізацію права громадян на загальну середню освіту; у Законі України «Про професійно-технічну освіту» [3] – професійно-технічний навчальний заклад – це заклад освіти, що забезпечує реалізацію потреб громадян у професійно-технічній освіті, оволодінні робітничими професіями, спеціальностями, кваліфікацією відповідно до їх інтересів, здібностей, стану здоров'я; у Законі України «Про вищу освіту» [4] – вищий військовий навчальний заклад (вищий навчальний заклад із специфічними умовами навчання) – вищий навчальний заклад державної форми власності, який здійснює на певних рівнях вищої освіти підготовку курсантів (слухачів, студентів), ад'юнктів для подальшої служби на посадах офіцерського (сержантського, старшинського) або начальницького складу з метою задоволення потреб Міністерства внутрішніх справ України, Національної поліції, Збройних Сил України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, центральних органів виконавчої влади із спеціальним статусом, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, центрального органу виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері цивільного захисту; вищий навчальний заклад – окремий вид установи, яка є юридичною особою приватного або публічного права, діє згідно з виданою ліцензією на провадження освітньої діяльності на певних рівнях вищої освіти, проводить наукову, науково-технічну, інноваційну та/або методичну діяльність, забезпечує організацію освітнього процесу і здобуття особами вищої освіти, післядипломної освіти з урахуванням їхніх покликань, інтересів і здібностей; у Законі України «Про наукову і науково-технічну діяльність» [5] наукова (науково-дослідна, науково-технологічна, науково-технічна, науково-практична) установа (далі – наукова установа) – юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності, утворена в установленому законодавством порядку, для якої наукова та (або) науково-технічна діяльність є основною.

Хоча і не всі вище приведені визначення дозволяють сформулювати чітке уявлення про юридичну природу навчального закладу, оскільки у більшості із них акцентується увага лише на його функціональному призначенні, втім, все ж таки, можемо зробити висновок про те, що навчальний заклад – являє собою установу, тобто юридичну особу публічного чи приватного права. Отже, навчальний заклад, як і будь-яка інша юридична особа, є колективним і штучним утворенням, умови та порядок організації (створення) якого визначаються Законами України.

Загальні вимоги до створення навчальних закладів закріплені у ст. 18 Закону України «Про освіту», в якій закріплено, що навчальні заклади створюються органами державної виконавчої влади і органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, у тому числі релігійними організаціями, статути (положення) яких зареєстровано у встановленому законодавством порядку, громадянами відповідно до потреби громадян у мові навчання, соціально-економічних, національних, культурно-освітніх потреб у них за наявності необхідної матеріально-технічної, науково-методичної бази, педагогічних кадрів. Навчальний заклад набуває статусу юридичної особи з дня його державної реєстрації у порядку, встановленому законом для державної реєстрації юридичних осіб [6]. Аналогічні за своїм змістом положення містяться й у інших законах, що регулюють відносини у сфері надання освітніх послуг. Так, наприклад, у ст. 19 Закону України «Про професійно-технічну освіту» записано, що професійно-технічний навчальний заклад створюється відповідно до соціально-економічних потреб держави чи окремого регіону за наявності необхідної матеріально-технічної і навчально-методичної бази, відповідних педагогічних працівників. Потреба у професійно-технічних навчальних закладах визначається Кабінетом Міністрів України, а їх мережа – центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері освіти за пропозиціями міністерств та інших центральних і місцевих органів виконавчої влади. Порядок створення, реорганізації та ліквідації професійно-технічних навчальних закладів встановлюється Кабінетом Міністрів України. Професійно-технічні навчальні заклади незалежно від форм власності та підпорядкування розпочинають діяльність, пов'язану з підготовкою кваліфікованих робітників та наданням інших освітніх послуг, після отримання ліцензії. Ліцензія видається у порядку, що встановлюється Кабінетом Міністрів України [3].

Отже, первинними адміністративно-правовими засадами, на яких ґрунтується діяльність навчального закладу є установчі, тобто ті, що встановлюють вимоги, виконання яких є необхідною умовою створення навчального закладу. При цьому можна виокремити засади, що визначають матеріально-правові умови створення навчальних закладів, а саме:

– наявність суспільної потреби у створенні відповідних навчальних закладів. Тобто для того, щоб організувати певний навчальний заклад, у суспільстві повинен сформуватися певний, більш-менш масовий, запит на його появу, обумовлений відповідними соціально-економічними, культурними, національними, зокрема мовними, потребами населення. У Законі України «Про освіту» з цього приводу встановлено, що потреба у державних і комунальних навчальних закладах усіх освітніх рівнів з різними мовами навчання визначається в обов'язковому порядку за заявами про мову навчання, які надаються учнями (для неповнолітніх – батьками або особами, які їх замінюють), студентами при вступі до навчальних закладів, а також, у разі потреби, у будь-який час періоду навчання. Потреба у вищих навчальних закладах незалежно від форм власності та їх мережа визначаються Кабінетом Міністрів України. Потреба в професійно-технічних навчальних закладах визначається Кабінетом Міністрів України, а їх мережа – центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері освіти. Потреба в навчальних закладах, заснованих на комунальній власності, визначається місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування [6];

– наявність відповідного матеріально-технічного базису, необхідного для організації та забезпечення повноцінного навчально-виховного процесу і здійснення наукової діяльності, задоволення певних соціально-побутових потреб осіб, яким надаються освітні послуги, а також тих, які входять у штат навчального закладу. Відповідно до ст. 63 вищезгаданого Закону України «Про освіту» май-

но навчальних закладів та установ, організацій, підприємств системи освіти належить їм на правах, визначених чинним законодавством. Земельні ділянки державних навчальних закладів, установ та організацій системи освіти передаються їм у постійне користування відповідно до Земельного кодексу України. Навчальні заклади самостійно розпоряджаються прибутками від господарської та іншої передбаченої їх статутами діяльності. Основні фонди, оборотні кошти та інше майно державних навчальних закладів, установ, організацій та підприємств системи освіти не підлягають вилученню, крім випадків, передбачених чинним законодавством. Об'єкти освіти і науки, що фінансуються з бюджету, а також підрозділи, технологічно пов'язані з навчальним та науковим процесом, не підлягають приватизації, перепрофілюванню або використанню не за призначенням. Потреби державних навчальних закладів та установ, організацій системи освіти для розвитку їх матеріально-технічної бази задовольняються державою першочергово відповідно до затверджених Кабінетом Міністрів України нормативів [6]. Тобто матеріально-технічна база навчального закладу – це сукупність усіх матеріальних засобів і предметів (споруд, будівель, механізмів тощо), наявність та використання яких є необхідною умовою надання якісних освітніх послуг;

– наявність необхідного науково-методичного базису та кадрового потенціалу, які є запорукою якісного та ефективного управління навчальним і науково-дослідним процесами. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про освіту» наукове і методичне забезпечення освіти здійснюють центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері освіти, Національна Академія наук України, Національна академія педагогічних наук, центральні органи виконавчої влади, яким підпорядковані навчальні заклади, орган виконавчої влади Автономної Республіки Крим у сфері освіти, вищі навчальні заклади, академічні, галузеві науково-дослідні інститути, заклади післядипломної освіти, інші науково-методичні і методичні установи у взаємодії з відповідними підприємствами, творчими спілками, асоціаціями, товариствами, громадськими науковими організаціями [6]. Що ж до кадрового забезпечення освіти, то відповідно до ст. 54 зазначеного Закону педагогічною діяльністю можуть займатися особи з високими моральними якостями, які мають відповідну освіту, професійно-практичну підготовку, фізичний стан яких дозволяє виконувати службові обов'язки. Педагогічну діяльність у навчальних закладах здійснюють педагогічні працівники, у вищих навчальних закладах третього і четвертого рівнів акредитації та закладах післядипломної освіти – науково-педагогічні працівники. Перелік посад педагогічних та науково-педагогічних працівників встановлюється Кабінетом Міністрів України. Педагогічні та науково-педагогічні працівники приймаються на роботу шляхом укладення трудового договору, в тому числі за контрактом. Прийняття на роботу науково-педагогічних працівників здійснюється на основі конкурсного відбору. Педагогічні працівники підлягають атестації. За результатами атестації визначаються відповідність працівника займаній посаді, рівень його кваліфікації, присвоюються категорії, педагогічні звання. Порядок атестації педагогічних працівників встановлюється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері освіти. Перелік категорій і педагогічних звань педагогічних працівників, порядок їх присвоєння визначаються Кабінетом Міністрів України [6].

Слід зазначити, що окрім Закону України «Про освіту» питання матеріально-технічного, наукового, методичного та кадрового забезпечення навчальних закладів, залежно від виду навчального закладу, також визначаються Законами України: «Про дошкільну освіту», «Про загальну середню освіту», «Про позашкільну освіту», «Про професійно-технічну освіту», «Про вищу освіту». Так, скажімо у ст. 25 Закону України «Про дошкільну освіту» передбачено, що науково-методичне забезпечення системи дошкільної освіти здійснюють: центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері освіти, підпорядковані йому науково-методичні установи та вищі педагогічні навчальні заклади, а також науково-дослідні установи Національної академії педагогічних наук України та Національної академії наук України; Центральний інститут післядипломної педагогічної освіти Національної академії педагогічних наук України; Кримський республіканський інститут післядипломної освіти; обласні, Київський і Севастопольський міські інститути післядипломної педагогічної освіти; методичні кабінети та інші науково-методичні установи, підпорядковані місцевим органам управління освітою [1]. При цьому в якості завдань науково-методичного забезпечення системи дошкільної освіти визначено наступне: розроблення та впровадження програмно-методичної бази дошкільної освіти; створення навчально-виховних програм, навчально-методичних та навчально-наочних посібників; узагальнення та поширення передового педагогічного досвіду; організація співпраці з іншими навчальними закладами для підвищення ефективності програмно-методичного забезпечення; аналіз стану освітньої роботи та рівня розвитку дитини відповідно до завдань дошкільної освіти, Базового компонента дошкільної освіти; підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації педагогічних працівників системи дошкільної освіти; пропаганда просвітницької діяльності у засобах масової інформації [1].

Відповідно до ст. 38 цього ж Закону матеріально-технічна база дошкільного навчального закладу включає будівлі, споруди, земельні ділянки, комунікації, інвентар, обладнання, транспортні засоби, службове житло та інше. Майно дошкільного навчального закладу належить йому на правах, визначених цим Законом та іншими нормативно-правовими актами. Вимоги до матеріально-технічної бази дошкільного навчального закладу визначаються відповідними будівельними та санітарно-гігієнічними нормами і правилами, а також Типовим переліком обов'язкового обладнання дошкільного навчального закладу, у тому числі корекційного, навчально-наочних посібників, іграшок, навчально-методичної, художньої та іншої літератури. Джерелами фінансування дошкільного навчального закладу є кошти: засновника (власника); відповідних бюджетів (для державних і комунальних дошкільних навчальних закладів); батьків або осіб, які їх замінюють; добровільні пожертвування і цільові внески фізичних і юридичних осіб; інші кошти, не заборонені законодавством України [1]. Також доречним буде відзначити Закон України «Про вищу освіту», у ст. 70 якого досить змістовно врегульовано питання матеріально-технічного забезпечення вищих навчальних закладів та правовий режим їх майна. Зокрема у даній статті вказано, що матеріально-технічна база вищих навчальних закладів включає будівлі, споруди, землю, комунікації, обладнання, транспортні засоби, службове житло та інші матеріальні цінності. Відповідно до законодавства та з урахуванням організаційно-правової форми вищого навчального закладу з метою забезпечення його статутної діяльності засновником (засновниками) закріплюються на основі права господарського відання або передаються у власність будівлі, споруди, майнові комплекси, комунікації, обладнання, транспортні засоби та інше майно. Землекористування та реалізація прав власника земельних ділянок, у тому числі набуття відповідних прав на землю, здійснюються вищими навчальними закладами відповідно до Земельного кодексу України. Майно закріплюється за державним або комунальним вищим навчальним закладом на праві господарського відання і не може бути предметом застави, а також не підлягає вилученню або передачі у власність юридичним і фізичним особам без згоди засновників вищого навчального закладу

та вищого колегіального органу самоврядування вищого навчального закладу, крім випадків, передбачених законодавством [4].

Отже, діяльність навчальних закладів України спрямована на підвищення освітнього та культурного рівня особистості, що, в свою чергу, має позитивний вплив на все українське суспільство. Проте справедливо відмітити, що така діяльність не може бути ефективною без належного законодавчого регулювання з боку держави. У зв'язку із вище викладеним вважаємо, що під адміністративно-правовими засадами діяльності навчальних закладів у сфері надання освітніх послуг доцільно розуміти систему нормативно-правових актів, що містять адміністративно-правові норми, які регулюють найбільш суттєві аспекти організації та функціонування зазначених суб'єктів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про дошкільну освіту : Закон України від 11 липня 2001 року № 2628-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 49. – Ст. 259.
2. Про загальну середню освіту : Закон України від 13 травня 1999 року № 651-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 28. – Ст. 230.
3. Про професійно-технічну освіту : Закон України від 10 лютого 1998 року № 103/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 32. – Ст. 215.
4. Про вищу освіту : Закон України від 01 липня 2014 року № 1556-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 37-38. – Ст. 2004.
5. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 13 грудня 1991 року № 1977-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 12. – Ст. 165.
6. Про освіту : Закон України від 23 травня 1991 року № 1060-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 34. – Ст. 451.

УДК 351.811.12

ПОВНОВАЖЕННЯ ПАТРУЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ ЩОДО ЗДІЙСНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ

PATROL POLICE POWERS FOR THE IMPLEMENTATION OF ADMINISTRATIVE AND JURISDICTIONAL ACTIVITY IN THE FIELD OF ROAD SAFETY

Молчанов Р.Ю.,
ад'юнкт кафедри адміністративного права,
процесу та адміністративної діяльності
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті визначено зміст поняття адміністративно-юрисдикційної діяльності патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху. Розглянуто проблемні питання законодавчого закріплення та практичної реалізації повноважень патрульної поліції щодо здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху, надано пропозиції щодо його вдосконалення.

Ключові слова: патрульна поліція, адміністративно-юрисдикційна діяльність, безпека дорожнього руху.

В статье определено содержание понятия административно-юрисдикционной деятельности патрульной полиции в сфере безопасности дорожного движения. Рассмотрены проблемные вопросы законодательного закрепления и практической реализации полномочий патрульной полиции по осуществлению административно-юрисдикционной деятельности в сфере безопасности дорожного движения, разработаны предложения по его усовершенствованию.

Ключевые слова: патрульная полиция, административно-юрисдикционная деятельность, безопасность дорожного движения.

The essence of the concept of administrative-jurisdictional activity in general and administrative and jurisdictional police patrol activity as its component. It was found the content of the administrative and jurisdictional police patrol in the area of road safety is to identify violations of rules, norms and standards in the field of road safety, collection and preparation of materials, evaluation of evidence, qualifications of administrative offenses, apply appropriate administrative sanctions measures and measures to ensure the proceedings on administrative offenses or transfer of the case to the judicial authorities.

Analyzed legislation which defines the powers of the police patrol in the exercise of administrative jurisdiction activity in the field of road safety, considered practice. Identified areas of legislative provisions and practical implementation powers of the police patrol in the area of road safety. They attributed the imperfection of regulations that facilitate the implementation of police powers, lack of regulatory legal acts that would regulate the activities of patrol police. Determined that the number of existing regulatory acts in some ways not meet the Law of Ukraine «On the national police».

The ways of improving the law on the powers of the police patrol in the exercise of administrative jurisdiction activity in the field of road safety. Proposed regulations to bring regulations into compliance with the Law of Ukraine «On the National Police» to adopt new regulations that would be concretized and detailed activities of patrol police in the proceedings on administrative offenses.

Key words: patrol police, administrative and jurisdictional activity, road safety.

Реформування МВС України розпочалось зі створення нового органу в системі – Національної поліції, статус якого визначений в Законі України від 02 липня 2015 року «Про Національну поліцію» [1]. Структура поліції визначена у ст. 13 даного Закону, ч. 3 якої визначає, що у складі поліції функціонують: кримінальна поліція, патрульна поліція, органи досудового розслідування, поліція охорони, спеціальна поліція, поліція особливого призначення. Ключовим підрозділом, з якого власне і розпочалась реформа МВС України, стала патрульна поліція, на яку покладено виконання досить широкого кола завдань. Ці завдання визначені у Положенні про патрульну службу МВС України. До них віднесено:

1. Забезпечення публічного порядку і громадської безпеки; забезпечення безпеки осіб, захисту їх прав, свобод та законних інтересів; створення стану захищеності життєво важливих інтересів суспільства, сконцентрованих у його матеріальних і духовних цінностях, нормаль-

них умов життєдіяльності людини, діяльності підприємств, установ, організацій.

2. Запобігання кримінальним, адміністративним правопорушенням; попередження, виявлення та припинення кримінальних та адміністративних правопорушень, випадків насильства у сім'ї, а також виявлення причин і умов, що сприяють їх учиненню.

3. Взаємодія із суспільством: реалізація підходу «міліція та громада», що полягає у співпраці та взаємодії із населенням, громадськими організаціями, іншими підрозділами органів внутрішніх справ, органами публічної влади, з метою запобігання правопорушенням, забезпечення безпеки, зниження рівня злочинності, а також установлення довірливих відносин між міліцією та населенням.

4. Забезпечення безпеки дорожнього руху; організація контролю за додержанням законів, інших нормативно-правових актів з питань безпеки дорожнього руху [2].

Пріоритетними методами досягнення поставлених завдань залишається переконання, взаємодія з суспільством і тільки як крайній захід, коли вичерпано інші заходи впливу – застосування каральних заходів. Серед сфер, в яких здійснюється діяльність патрульної поліції, слід виділити безпеку дорожнього руху, забезпечення якої раніше покладалось на Державну автомобільну інспекцію МВС України. У зв'язку з цим, виникає необхідність додаткового дослідження повноважень патрульної поліції у цій сфері. Враховуючи те, що зазначена діяльність патрульної поліції носить переважно адміністративно-юрисдикційний характер, основний акцент в статті буде приділено саме цьому аспекту.

Питання забезпечення безпеки дорожнього руху завжди перебувало у сфері наукового інтересу вітчизняних дослідників та досліджувалося багатьма відомими вченими. З огляду на ту обставину, що донедавна провідна роль у сфері безпеки дорожнього руху належала Державній автомобільній інспекції МВС України, то різним аспектам її діяльності були присвячені роботи багатьох вітчизняних науковців. Зокрема, це дослідження Т. О. Гуржія, В. В. Гаркуші, Г. В. Галімшина, В. С. Гуславського, В. В. Доненка, М. М. Долгополової, Д. С. Денисюка, Є. В.Довженка, С. А. Комісарова, В. А. Мисливого, Р. І. Михайлова, А. О. Собакаря, О. Ю. Салманової, В. В. Новікова. Важливим фактором удосконалення діяльності Державної автомобільної інспекції МВС України стала та обставина, що колишніми її керівниками різних рівнів (С. М. Гусаровим, А. М. Подолякою, О. Л. Міленіним, В. М. Лозовим, В. В. Егупенко, М. М. Стоцькою, Л. І. Сопільняком, В. Й. Развадовським) були захищені дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата та доктора юридичних наук.

Проте, враховуючи створення нового органу МВС України – Національної поліції та її структурного підрозділу – патрульної поліції, потребують додаткового вивчення її повноваження щодо здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху.

Метою статті є визначення змісту адміністративно-юрисдикційної діяльності патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху, розгляд повноважень патрульної поліції щодо здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху, визначення недоліків законодавства, що визначає повноваження патрульної поліції в цій сфері, та розроблення пропозицій щодо його вдосконалення.

Для досягнення поставленої мети передбачено вирішення наступних задач:

1) розгляд сутності поняття адміністративно-юрисдикційної діяльності взагалі та адміністративно-юрисдикційної діяльності патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху як її складової;

2) аналіз законодавства, що визначає повноваження патрульної поліції під час здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху, та практики його застосування;

3) визначення напрямів вдосконалення законодавчого закріплення повноважень патрульної поліції під час здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху.

Перед тим, як перейти до розгляду повноважень патрульної поліції щодо здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері безпеки дорожнього руху, розглянемо зміст самої адміністративно-юрисдикційної діяльності.

Дана діяльність має свої особливості, які відокремлюють її від інших видів діяльності органів виконавчої влади. Адміністративна юрисдикція є складовою частиною реалізації виконавчої влади, а саме «специфічним різновидом правоохоронної діяльності її органів» [3].

В правничій науці виділяють вузьке та широке розуміння адміністративно-юрисдикційної діяльності. В широкому розумінні адміністративну юрисдикційну діяльність розуміють як:

1) адміністративно-регулятивну діяльність органів публічної адміністрації – компетентність органів щодо вирішення адміністративних справ, не пов'язаних з виникненням правового спору; відносини, що регулюються адміністративно-регулятивними нормами, пов'язані з видачею ліцензій, державною реєстрацією транспортних засобів тощо;

2) адміністративно-судочинну діяльність – компетентність адміністративних судів щодо вирішення адміністративних справ;

3) адміністративно-деліктну діяльність – компетентність щодо вирішення справ про адміністративні правопорушення, та винесення по ним постанов;

4) дисциплінарні провадження – діяльність щодо розгляду дисциплінарних проступків та притягнення до дисциплінарної відповідальності.

У вузькому розумінні адміністративно-юрисдикційна діяльність розглядається тільки як деліктна діяльність, пов'язана зі здійсненням провадження у справах про адміністративні правопорушення. Нами поняття адміністративно-юрисдикційної діяльності буде розглядатись у вузькому розумінні.

Таким чином, адміністративно-юрисдикційна діяльність патрульної поліції полягає у здійсненні провадження у справах про адміністративні правопорушення та прийнятті відповідних актів – складенні протоколів про адміністративні правопорушення, винесенні постанов, складенні процесуальних документів при застосуванні заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. У сфері забезпечення безпеки дорожнього руху дана діяльність патрульної поліції полягає у виявленні порушень правил, норм та стандартів у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, збиранні та підготовці матеріалів, оцінці доказів, кваліфікації адміністративних проступків, застосуванні заходів відповідних адміністративних стягнень, заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення або передачі матеріалів справи на розгляд судовим органам.

Повноваження Національної поліції, в тому числі і патрульної поліції, визначені у ст. 23 Закону України «Про Національну поліцію». Виділимо ті з них, що стосуються здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності:

1) здійснення своєчасного реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події (п. 5);

2) у випадках, визначених законом, здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення,

прийняття рішень про застосування адміністративних стягнень та забезпечення їх виконання (п. 8);

3) доставлення у випадках і порядку, визначених законом, затриманих осіб, підозрюваних у вчиненні кримінального правопорушення, та осіб, які вчинили адміністративне правопорушення (п. 9);

4) регулювання дорожнього руху та здійснення контролю за дотриманням Правил дорожнього руху його учасниками та за правомірністю експлуатації транспортних засобів на вулично-дорожній мережі (п. 11).

Правопорушення, в тому числі у сфері безпеки дорожнього руху, за якими патрульна поліція має право здійснювати провадження, визначені у статтях 255 (право на складання протоколів про адміністративне правопорушення), 222 (право на винесення постанови), 258 КУпАП (випадки, коли протоколи про адміністративне правопорушення не складаються). Суттєвих змін за останній час зазнали останні дві статті. Так, спочатку законодавець виділив окремим пунктом (п. 3 ст. 222 КУпАП) компетенцію патрульної служби щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення, в неї увійшли всі правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху [4], але згодом до ст. 222 КУпАП було внесено зміни, відповідно до яких у ч. 1 визначено перелік правопорушень, розгляд яких віднесено до компетенції Національної поліції, а у ч. 2 зазначено, що від імені органів Національної поліції розглядати справи про адміністративні правопорушення і накладати адміністративні стягнення мають право працівники органів і підрозділів Національної поліції, які мають спеціальні звання, відповідно до покладених на них повноважень [5]. Отже, відповідно до ч. 1 ст. 222 КУпАП, відсутнє розмежування між підрозділами Національної поліції щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення. В той же час, у ч. 2 ст. 222 КУпАП вказано, що компетенція щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення визначається відповідно до покладених на працівників органів і підрозділів Національної поліції, які мають спеціальні звання, повноважень. Але такі повноваження в жодному нормативно-правовому акті не виписані, що викликає питання щодо правомірності прийняття рішень працівниками Національної поліції у справах про адміністративні правопорушення. За таких умов пропонуємо з ч. 2 ст. 222 КУпАП виключити слова «відповідно до покладених на них повноважень».

Іншою нормою, яка суттєво вплинула на порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення, є ст. 258 КУпАП, яка розширила перелік випадків спрощеного провадження у справах про адміністративні правопорушення, коли протокол про адміністративне правопорушення не складається. До цих випадків віднесено провадження у справах про адміністративні правопорушення, розгляд яких віднесено до компетенції Національної поліції, в тому разі, коли правопорушник погоджується з правопорушенням та стягненням, що на нього накладається. З цього правила є виключення – провадження у справах про адміністративні правопорушення. За цією категорією справ, якщо розгляд правопорушення віднесено до компетенції Національної поліції, відразу виноситься постанова, не зважаючи на те, погоджується особа, яка притягається до відповідальності, з правопорушенням та стягненням, що на неї накладається, чи ні. В цілому підтримуємо запровадження спрощеного провадження, оскільки такий вид провадження значно економить час як особи, яка притягається до відповідальності, так і поліції. Але вважаємо, що провадження у справах про адміністративні правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху потрібно здійснювати за загальним правилом, тобто, якщо особа не погоджується з правопорушенням, складати протокол про адміністративне правопорушення, який, відповідно до ст. 251 КУпАП, є доказом по справі про адміністративне правопорушення.

До інших проблемних питань законодавства, що визначає повноваження патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху, слід віднести недосконалість нормативно-правових актів, які мають сприяти реалізації повноважень поліцейських, недостатню кількість підзаконних нормативно-правових актів, які регламентують діяльність патрульної поліції. Також слід відзначити, що ряд існуючих нормативно-правових актів в деяких аспектах не відповідають Закону України «Про Національну поліцію». Так, в Правилах дорожнього руху вживається термін «міліція» замість терміну «поліція», не прийнято нормативно-правові акти, які б визначали алгоритми дій працівників поліції в типових та нетипових ситуаціях. Діє старий статут патрульно-постової служби, не скасовані нормативно-правові акти, які регламентували діяльність Державної автомобільної інспекції МВС України, зокрема наказ МВС України від 27 березня 2009 року № 111 «Про затвердження Інструкції з питань діяльності підрозділів дорожньо-патрульної служби Державтоінспекції МВС». На основі цього нормативно-правового акту потрібно розробити новий, який би регламентував діяльність патрульної поліції з урахуванням змін у діючому законодавстві.

Особливе значення в цих процесах мають практичні результати від поступового впровадження підрозділів патрульної поліції, які об'єднують в собі функції колишньої патрульно-постової служби міліції та дорожньо-патрульної служби Державної автомобільної інспекції МВС України. На наш погляд, успішна реалізація цього проекту залежить від відповідного технічного забезпечення їх діяльності. Так, у сфері дорожнього руху патрульна поліція не зможе повністю реалізовувати свої повноваження, поки не буде впроваджено по всій країні система автоматичного контролю та обробки інформації про порушення правил дорожнього руху. Адже запроваджений новий вид стягнень – штрафні бали передбачає саме відповідальність за правопорушення, які фіксуються в автоматичному режимі. З іншого боку, патрульна поліція наділяється поліструктурними адміністративно-юрисдикційними повноваженнями, які мають прояв у суттєвому розширенні їх повноважень щодо складання протоколу про адміністративне правопорушення, його розгляду та накладення відповідного виду стягнення, а також розширення адміністративно-юрисдикційного впливу на широке коло суспільних відносин громадського порядку, громадської безпеки, безпеки дорожнього руху та інших.

Отже, з'ясовано зміст та сутність адміністративно-юрисдикційної діяльності патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху, що полягає у виявленні порушень правил, норм та стандартів у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, збиранні та підготовці матеріалів, оцінці доказів, кваліфікації адміністративних проступків, застосуванні заходів відповідних адміністративних стягнень, заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення або передачі матеріалів справи на розгляд судовим органам. Визначено проблемні питання законодавчого закріплення та практичної реалізації повноважень патрульної поліції у сфері безпеки дорожнього руху, вирішення яких вимагає приведення підзаконних нормативно-правових актів у відповідність до Закону України «Про Національну поліцію», прийняття нових підзаконних нормативно-правових актів, які б конкретизували та деталізували діяльність патрульної поліції під час провадження у справах про адміністративні правопорушення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 року // Голос України. – Ст. 141–142.
2. Про затвердження Положення про патрульну службу МВС : Наказ МВС України від 22 липня 2015 року № 796 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0777-15
3. Педько Ю. Адміністративна юстиція і адміністративна юрисдикція : деякі теоретичні та практичні питання співвідношення / Ю. Педько // Право України. – 2001. – № 10. – С. 72–75.
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення регулювання відносин у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху : Закон України від 14 липня 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/596-19
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про Національну поліцію» : Закон України від 23 грудня 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/901-19

УДК 342.565

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ФІКСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ

PROBLEMATIC ISSUES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE RECORDING

Борсук С.С.,
студентка IV курсу
Національний університет «Одеська юридична академія»

Рєзнік О.М.,
к.ю.н., старший викладач кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної безпеки
Сумський державний університет

У статті охарактеризовано сутність поняття фіксування адміністративного процесу, способи його здійснення, детально розглянуто процес фіксування та проблеми, які виникають на практиці. Розроблено теоретично обґрунтовані рекомендації щодо удосконалення норм чинного Кодексу адміністративного судочинства України, які регулюють здійснення фіксування адміністративного процесу.

Ключові слова: адміністративний процес, фіксування адміністративного процесу, технічні засоби фіксування, журнал судового засідання, протокол про вчинення окремої процесуальної дії.

В статье охарактеризованы сущность понятия фиксации административного процесса, способы ее осуществления, подробно рассмотрен процесс фиксирования и проблемы, которые возникают на практике. Разработаны теоретически обоснованные рекомендации по совершенствованию норм действующего Кодекса административного судопроизводства Украины, которые регулируют осуществление фиксирования административного процесса.

Ключевые слова: административный процесс, фиксирование административного процесса, технические средства фиксации, журнал судебного заседания, протокол о совершении отдельного процессуального действия.

According the Constitution of Ukraine the rights and freedoms of human and citizen are protected under the corresponding forms of action by the courts of administrative, economic, constitutional, criminal and civil justice. In the constitutional state the court proceeding is based on the rules fixed by its fundamental law. These rules provide the rights of trial participants, guarantees of their realization in such manner as to create real opportunity for each interested party to realize his/her constitutional right for court protection. Thus, basic principles of court proceedings in the constitutional state have democratic features and common human rights focus.

The Constitution of Ukraine, Code of administrative procedure of Ukraine and the Law «On the Judicial Organization and Status of Judges» provide administrative legal proceedings principles. A big difference among them makes the transparency and openness principle of administrative procedure that includes administrative procedure recording according to the Code of administrative procedure of Ukraine.

Administrative procedure recording means court's official activity on sequential display of the trial proceedings course, preservation of procedural acts committed by the administrative procedure members that is realized by using audio recorder, keeping court registry and drawing up respective protocols under administrative and procedural rules.

However, in practice there are a lot of problems with recording implementation, in particular, the gaps of legal regulation, absence of unified approach to understanding the place of trial proceeding registration by technical means among the fundamental proceeding principles, the delegation of secretary's authorities to other persons, neglectful attitude of secretaries of judicial session to their duties, etc. Thus, an important question is a detailed review of the administrative procedure recording and developing proposals for improving the process of its implementation.

This article describes the essence of the administrative procedure recording and methods of its implementation; it presents recording process problems that arise in practice. Theoretically substantiated recommendations for the improvement of the current Code of administrative procedure of Ukraine governing the administrative procedure recording have been elaborated.

Key words: administrative procedure, administrative procedure recording, recording means, court registry, proceeding protocol.

Законодавством передбачено низку гарантій щодо забезпечення законності під час судового розгляду та обґрунтованості рішень. До них належить повне фіксування судового процесу технічними засобами, що закріплене в п. 7 ч. 3 ст. 129 Основного Закону України як засада судочинства, яка також відповідно деталізована в Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України), Законі України «Про судоустрій і статус суддів» та інших нормативно-правових актах. Повний і точний запис судового процесу технічними засобами, ведення журналу судового засідання та протоколу про проведення окремої процесуальної дії усуває сумніви щодо вірності, справедливості і повноти розгляду справи. Отже, на сьогодні гостро постає питання щодо правильного і законного здійснення адміністративного судочинства. Проте, у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» та КАС України питання щодо повного фіксування судового процесу технічними засобами розглядається у межах

статей «Гласність і відкритість судового процесу» (ст. 11) та «Гласність і відкритість адміністративного процесу» (ст. 12) відповідно, що дає підстави повне фіксування технічними засобами визнати складовою (окремим елементом) принципу гласності. Відповідно неоднозначний підхід законодавчого врегулювання питання фіксування судового процесу технічними засобами свідчить про актуальність даної проблеми та слугує першопричиною для її наукового вирішення.

Вивченню різних аспектів фіксування судового процесу присвятили свої праці дослідники адміністративно-процесуального права: О. М. Бандурка, М. В. Джафарова, С. В. Ківалов, А. Т. Комзюк, І. Б. Коліушко, Р. С. Мельник, А. О. Селіванова, О. І. Харитонова, О. О. Гаврилюк та інші науковці.

Відповідно до положень Основного Закону, а саме ст.ст. 1, 3, 8, 55, в Україні як демократичній, соціальній, правовій державі права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Права і свободи людини і громадянина відповідно захищаються судом.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права, на засадах якого здійснюється правосуддя. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується [1].

Принципи адміністративного процесу утворюють систему, яка характеризується, з одного боку, єдністю і обмеженими зв'язками її елементів, а з іншого – деякими діалектичними протиріччями між ними. Одні положення носять більш загальний характер і реалізуються за допомогою інших, відносно приватних [18, с. 78].

Варто відмітити, що перелік принципів адміністративного судочинства, який міститься у ст. 7 КАС України, не збігається з наведеним у Законі України «Про судоустрій і статус суддів». Це пояснюється тим, що, по-перше, у Законі встановлені загальні засади, які стосуються всіх без винятку судів судової системи України, а, по-друге, самою специфікою адміністративного судочинства.

Таким чином, встановлені КАС України, а також Конституцією України і Законом України «Про судоустрій і статус суддів» принципи є тісно взаємопов'язаними і становлять у сукупності систему, при цьому кожен з принципів відіграє самостійну роль, характеризує адміністративне судочинство у цілому, або ж окрему стадію адміністративного судового процесу.

Серед даних принципів, а саме згідно з п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України, виділяється гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. Цей принцип також знаходить своє відображення у Законі України «Про судоустрій і статус суддів», КАС України та інших нормативно-правових актах, які його деталізують.

Вчений І. Л. Петрухін вважає, що достовірна інформація про справу та її розгляд формує громадську думку про діяльність суду і правоохоронних органів. Завдяки гласності судочинства змінюються неправильні уявлення про правосуддя, закони, роль професійних учасників процесу, конкретну справу і конкретний вирок і, тим самим, створюється ситуація, за якої суд та інші державні органи, знаходячись під контролем громадськості, самі виступають організаторами громадської думки [13, с. 172].

Як зазначає О. О. Гаврилюк, незважаючи на окремі технічні та матеріальні складності в реалізації відповідних нормативних положень, неможливо не визнати позитивності цього кроку для забезпечення прозорості та об'єктивності фіксування судового процесу, підвищення якості ведення судових справ, покращення можливості перегляду адміністративних справ у вищестоящих судових інстанціях, оскільки його відтворення (озвучення) робитиме процес у цих судах більш доступним і безпосереднім для сприйняття присутніми і, як наслідок, підвищення довіри до судочинства в цілому [6, с. 86].

Отже, проаналізувавши законодавчу базу та думки окремих авторів, можна дійти висновку, що повне фіксування судового засідання за допомогою технічних засобів послідовно і перспективно інтерпретується як невід'ємна складова принципу гласності і відкритості.

Слід зазначити, що, згідно з положеннями Розділу ІІ Глави 4 КАС України, офіційне фіксування адміністративного процесу здійснюється не лише за допомогою технічних засобів, а і веденням журналу судового засідання, складанням протоколу про вчинення окремої процесуальної дії поза залою судового засідання або під час виконання судового доручення.

Отже, зважаючи на вищезазначене, слід погодитись з точкою зору авторського колективу на чолі з О. М. Пасенюком, який видав коментар до КАС України [12, с. 77], відповідно до якої способи фіксування адміністративного процесу поділено на дві групи. Перша група – це основний спосіб фіксування судового засідання технічними засобами, друга –допоміжні, а саме: ведення журналу судового засідання та складання протоколу про вчинення окремої процесуальної дії поза залою судового засідання або під час виконання судового доручення.

Проте, все ж таке поняття як «повнота» потребує детального розгляду. На енциклопедичному рівні під повнотою розуміється «вичерпна достатність, повний склад, необхідна кількість чого-небудь; вищий ступінь чого-небудь» [5, с. 270]. Оскільки йдеться про фіксування технічними засобами певної інформації, повнота такого фіксування має характеризуватись інформаційною насиченістю, під якою розуміється загальна кількість інформації [15, с. 226], що зафіксована і міститься у відповідних засобах. Крім того, інформація, яка є оголошеною, виголошеною характеризується як когнітивна (інформація, яка виявляє пізнання) та як емоційна (яка виявляє емоції).

Саме виходячи з принципу гласності, важливим є загальне безпосереднє сприйняття подій, що відбуваються при здійсненні правосуддя. Отже, для сприйняття як учасниками процесу, так і громадськістю, важливі не лише когнітивний бік інформації, яка виголошується, а й її емоціональний бік – як вона оголошується, який яскраво демонструє особливості проходження судового процесу. Так, поняття «повнота» має стосуватись не лише обсягу предмета фіксування – відповідних складових судового засідання (ціннісна, процесуальна характеристика) протягом часу судового засідання, а й характеризувати «повноту» самого фіксування як використання його власних можливостей, з метою відображення повної інформації про події, що відбуваються під час судового розгляду (технологічна характеристика) [9, с. 57].

Таким чином, технологія фіксації судового засідання технічними засобами безпосередньо впливає на визначення процесуального режиму технічного запису як доказу, а також на якість, достовірність та повноту цього доказу для розгляду справи та забезпечення процесуальних прав учасників судового процесу [11, с. 36].

Проте, існують все ж розбіжності і в позиціях суддів та науковців. Так, відповідно до Пропозиції Вищого господарського суду України щодо вдосконалення конституційного регулювання питань здійснення правосуддя та функціонування судової влади від 09 липня 2015 року № 5, варто виключити з приписів ст. 129 Конституції України таку засаду судочинства, як повне фіксування судового процесу технічними засобами, оскільки вимоги та критерії для обов'язкового технічного фіксування судового процесу мають визначатися процесуальним законодавством [4]. Отже, згідно з позицією суддів Вищого господарського суду України, слід зовсім виключити дану засаду із переліку, зазначеного в п. 7 ст. 129 Конституції України.

Проте, Конституційний Суд України в Рішенні у справі про фіксування судового процесу технічними засобами від 08 грудня 2011 року № 16-рп/2011 [3] висловив правову позицію, згідно з якою повне фіксування судового процесу технічними засобами є самостійною засадою судочинства (абз. 2 пп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини).

Детального розгляду заслуговують норми КАС України, а саме положення статей 12 та 41. Згідно з ч. 6 ст. 12 «забезпечується повне фіксування судового засідання за допомогою звукозаписувального технічного засобу, крім випадків неявки в судове засідання всіх осіб, які беруть участь у справі, чи у разі, якщо відповідно до положень цього Кодексу розгляд справи здійснюється за відсутності осіб, які беруть участь у справі (у тому числі при розгляді справи в порядку письмового провадження)». Положення ст. 41 конкретизують та, в деякій мірі, повторюють норми статті 12: «У разі неявки у судове засідання всіх осіб, які беруть участь у справі, чи якщо відповідно до положень цього Кодексу розгляд справи здійснюється за відсутності осіб, які беруть участь у справі (у тому числі при розгляді справи в порядку письмового провадження), фіксування судового засідання за допомогою звукозаписувального технічного засобу не здійснюється».

Дані норми викликали сумнів у народних депутатів, а також в одного із суб'єктів господарювання, який вважав, що законодавець у такий спосіб обмежив його конституційне право. Суб'єкт права на конституційне звернення вважав, що неоднозначне застосування судами України положення п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України призвело до порушення його конституційного права на судовий захист.

Проте, на думку Конституційного Суду України, ніякого обмеження прав за таких умов не відбувається. Обґрунтування даної позиції міститься в Рішенні Конституційного Суду України № 16-рп/2011 (справа про фіксування судового процесу технічними засобами) [3].

Окремої уваги потребує питання щодо допустимості використання будь-яких технічних засобів у судовому засіданні. У цьому контексті необхідно підтримати І. Л. Петрухіна, який вказує, що всі присутні у залі судового засідання можуть вести записи, стенографування і навіть безшумний звукозапис з тією умовою, що це не заважатиме ходу процесу [14, с. 171]. Дане право закріплюється у ч. 8 ст. 12 КАС України. З чого можна зробити висновок, що для використання технічних засобів при фіксуванні судового процесу мають забезпечуватися дві умови: 1) вони не повинні заважати ходу судового розгляду справи; 2) необхідно отримати дозвіл суду на їх використання.

Таким чином, повне фіксування судового процесу за допомогою звукозаписувального технічного засобу та використання технічних засобів особами, присутніми у залі судового засідання, в тому числі із застосуванням стаціонарної апаратури, необхідно визнати складовими одного поняття, адже їх використання пов'язано із застосуванням одного й того ж самого родового предмета – технічних засобів, та вони мають на меті забезпечити можливість найбільш повного та об'єктивного ознайомлення з ходом судового розгляду відповідної справи як осіб, які беруть участь у її розгляді, так і необмеженої кількості громадян (публіки), що як кінцевий результат має забезпечити законність розгляду адміністративних справ.

Тому, можна погодитись з думкою В. О. Іванцова, який пропонує дані поняття об'єднати категорією «фіксування судового процесу технічними засобами». В свою чергу, останню варто визнати однією зі складових змісту принципу гласності адміністративного судочинства [7, с. 477].

Також, в даному контексті, доречним буде внесення змін до ст. 41 КАС України, а саме – доповнити її ч. 4 у такому вигляді: «Допускається використання особами, які присутні в залі судового засідання, портативних аудіо технічних засобів. За ухвалою суду та згодою осіб, які беруть участь у справі (крім суб'єктів владних повноважень), можливе проведення в залі судового засідання кіно-, фотозйомки, звуко– та відеозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, транслювання судового засідання по радіо і телебаченню».

Під час здійснення адміністративного судочинства часто виникає проблема делегування повноважень секретаря судового засідання щодо фіксування процесу особам, які не мають відповідної підготовки. Хоча ч. 2 ст. 41 КАС України на законодавчому рівні закріплює передачу обов'язку секретаря судового засідання іншому працівнику апарату суду за розпорядженням головуючого, проте на практиці присутня ситуація, коли, зазвичай, цей обов'язок отримує помічник судді.

Мотивуванням таких дій є негайна потреба судді (у майбутньому для самого помічника – необхідність, у разі призначення на посаду судді, знання роботи із середини) обпертися на «праву руку» й небажання задіяти «зі сторони» іншого, «незнайомого» у роботі, співробітника апарату суду.

Зазначене вище дозволяє стверджувати, що:

1) помічник судді адміністративного суду, не набуваючи статусу учасника процесу, опосередковано може приймати участь у судовому засіданні, надаючи секретарю судового засідання методичну та практичну допомогу, в тому числі із забезпечення фіксування судового процесу технічними засобами;

2) в адміністративному судочинстві слід використати пропозиції суб'єктів законодавчої ініціативи, врахувати зарубіжний досвід у частині формального закріплення за помічником судді адміністративного суду виконання окремих обов'язків секретаря судового засідання, у разі відсутності останнього.

Тож, слід погодитись із пропозицією О. М. Михайлова щодо доповнення ст. 63 КАС України ч. 2 у такій редакції: «Помічник судді за дорученням судді (головуючого) може здійснювати фіксування судового процесу технічними засобами, за відсутності секретаря судового засідання, складати журнал судового засідання» [8, с. 89].

Також, на жаль, у КАС України не визначено порядок виправлення описок, технічних помилок, виявлених самим секретарем. За загальним правилом, виявлені самим секретарем помилки та неточності повинні бути ним обумовлені з вказівкою дати і підпису. Виявлені неточності і помилки секретар може виправити тільки до ознайомлення з журналом судового засідання осіб, які беруть участь у справі [17, с. 315]. Подальші виправлення можливі тільки в порядку, визначеному ст. 43 КАС України.

Отже, доцільним є доповнення КАС України положеннями щодо порядку виправлення помилок секретарем судового засідання до ознайомлення із журналом судового засідання осіб, які беруть участь у справі.

Під час здійснення судочинства виникає значна кількість проблем з реалізацією секретарями судових засідань своїх повноважень в частині фіксування судового засідання за допомогою технічних засобів, що приводить навіть до судових помилок.

Причини та умови існування судових помилок при розгляді та вирішенні справ у судах першої інстанції різноманітні та багаточисельні. Судові помилки представляють найбільшу небезпеку, коли вони вчасно не виявляються і не виправляються, вони підривають авторитет суддів, які ухвалили незаконне та необґрунтоване рішення. Виявляючи та усуваючи причини та умови судових помилок, а також самі помилки, ми цим самим удосконалюємо систему гарантій правосуддя і підвищуємо його ефективність.

Відповідно до Типової посадової інструкції секретаря судового засідання місцевого загального суду, затвердженої Наказом Державної судової адміністрації України від 20 липня 2005 року № 86, секретар судового засідання

несе відповідальність за неякісне або несвоєчасне виконання посадових завдань та обов'язків, бездіяльність або невикористання наданих йому прав [2]. Отже, виходячи із обов'язків секретаря судового засідання, він несе персональну відповідальність за повноту та правильність журналу судового засідання; за наявність на електронних носіях аудіо запису судових засідань, під час проведення яких відбувалася технічна фіксація судового процесу; за наявність формуляра журналу в матеріалах справи; неналежне збереження наданих йому документів, оргтехніки, комп'ютерної техніки.

Враховуючи коло повноважень секретаря судового засідання, уявляється доречним доповнити вказаний перелік такою підставою відповідальності, як «внесення завідомо недостовірних або неправдивих відомостей до журналу судового засідання» [16, с. 68]. Оскільки секретар судового засідання оформлює та підписує журнал судового засідання, який відображає хід розгляду адміністративної справи, необхідно враховувати його можливий негативний вплив на вказаний документ, спричинений зацікавленістю або недбалістю. Оскільки журнал судового засідання є важливим процесуальним документом у справі і досліджується поряд з іншими матеріалами справи при переглядах судових актів, доречним уявляється закріпити в чинному КАС України особливості його статусу, в тому числі відповідальність секретаря судового засідання, вимоги до такої особи (незацікавленість у результатах справи, відсутність родинних зв'язків із основними учасниками справи тощо).

На основі проведеного дослідження можна зробити такі висновки та пропозиції. По-перше, під фіксуванням адміністративного процесу слід розуміти офіційну діяльність суду з послідовного відображення ходу судового розгляду, закріплення процесуальних дій, вчинених учасниками адміністративного процесу, яка відповідно до адміністративно-процесуальних норм здійснюється за допомогою звукозаписувального технічного засобу, ведення журналу судового засідання та складення відповідних протоколів.

По-друге, проаналізувавши законодавчу базу та роботи різних науковців, зокрема О. О. Гаврилюка, необхідним є розуміння фіксування адміністративного процесу як невід'ємної складової принципу гласності і відкритості, адже законодавець прямо вказує за цей зв'язок у ч. 6 ст. 12 КАС України. Відповідно, дана стаття має назву – «Гласність і відкритість адміністративного процесу».

По-третє, фіксування адміністративного процесу регламентується різними за юридичною силою нормативно-правовими актами, такими, як Конституція України (ст. 129), КАС України, Закон України від 22 грудня 2005 року «Про доступ до судових рішень», Закон України від 08 липня 2011 року «Про судовий збір», Інструкція про порядок роботи з технічними засобами фіксування судового процесу (судового засідання), затверджена Наказом Державної судової адміністрації України від 20 вересня 2012 року № 108 та ін.

По-четверте, способами фіксування (основними і допоміжними) є: технічні засоби, журнал судового засідання, протокол про вчинення окремої процесуальної дії поза залою судового засідання або під час виконання судового доручення.

Так, у процесі фіксування адміністративного судового засідання технічними засобами можна виділити такі етапи: 1) підготовка до звукового запису (перевірка, тестування, у разі виявлення помилок в роботі – невідкладне повідомлення адміністратора та судді); 2) звуковий запис судового засідання (протягом судового засідання здійснюється поточний контроль якості запису, контроль рівня запису в спеціальній області у програмі звукового запису та контроль працездатності комплексу звукового запису); 3) збереження, роздрукування, підпис журналу судового засідання та приєднання до справи; 4) створення архівної копії фонограми; 5) перевірка якості запису архівної копії фонограми; 6) передача архівної копії фонограми архіваріусу; 7) створення робочої копії фонограми; 8) долучення робочої копії фонограми до судової справи.

По-п'яте, серед актуальних проблем здійснення фіксування адміністративного процесу доцільно буде виділити наступні: 1) відсутність уніфікованого підходу до розуміння місця фіксування судового процесу технічними засобами серед основоположних засад судочинства; 2) передача обов'язків секретаря судового засідання некваліфікованим (щодо здійснення фіксування судочинства) працівникам апарату суду, які безпосередньо за законодавством не мають статусу учасників адміністративного процесу, а набувають його опосередковано, навіть ситуативно. Зокрема, це помічники суддів, які, на відміну від секретарів судового засідання, не проходять спеціальну підготовку; 3) халатне ставлення секретарів судового засідання до виконання своїх обов'язків, що приводить в деяких випадках навіть до судових помилок.

По-шосте, на основі проаналізованого матеріалу автор пропонує такі шляхи вдосконалення законодавства:

1) ст. 41 КАС України доповнити ч. 4 у такій редакції: «Допускається використання особами, які присутні в залі судового засідання, портативних аудіо технічних засобів. За ухвалою суду та згодою осіб, які беруть участь у справі (крім суб'єктів владних повноважень), можливе проведення в залі судового засідання кіно-, фотозйомки, звуко– та відеозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, транслювання судового засідання по радіо і телебаченню»;

2) доповнити КАС України положеннями щодо порядку виправлення помилок секретарем судового засідання до ознайомлення із журналом судового засідання осіб, які беруть участь у справі;

3) закріпити в чинному КАС України особливості статусу секретаря судового засідання, в тому числі підстави відповідальності, вимоги до такої особи (незацікавленість у результатах справи, відсутність родинних зв'язків із основними учасниками справи та ін.).

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Про затвердження Типових посадових інструкцій працівників апарату місцевого загального суду : Наказ Державної судової адміністрації України від 20 липня 2005 року № 86 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://od.court.gov.ua/tu16/info_suddi/posad/

3. Рішення Конституційного Суду України (справа про фіксування судового процесу технічними засобами) від 08 грудня 2011 року № 16-рп/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 99. – Ст. 63.

4. Про схвалення Пропозицій Вищого господарського суду України щодо вдосконалення конституційного регулювання питань здійснення правосуддя та функціонування судової влади : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 09 липня 2015року № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_09072015_5. pdf

5. Білодід І. К. Словник української мови : в 11 т. / І. К. Білодід. – К. : Наук. Думка, 1970–1980. – Т. 6, 1975. – 867 с.

6. Гаврилюк О. О. Принцип гласності та відкритості в адміністративному судочинстві України : Дис... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.07 / О. О. Гаврилюк. – Х., 2012. – 195 с.

7. Іванцов В. О. Фіксування судового процесу технічними засобами : місце та особливості застосування в адміністративному судочинстві України / В. О. Іванцов // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 68. – С. 471–478.

8. Кампо В. Фіксування судового процесу технічними засобами : проблеми сучасної конституційно-судової практики / В. Кампо // Віче. – 2013. – № 2.

9. Коляденко П. Співвідношення повноти фіксування судового засідання технічними засобами з іншими засадами здійснення судочинства / П. Коляденко // Юридична Україна. – 2015. – № 2. – С. 57–62.
10. Кушнір Н. М. Причини та умови виникнення судових помилок (на матеріалах справ судів першої інстанції) / Н. М. Кушнір // Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наукових праць. – Чернівці : ЧНУ, 2010. – Вип. 550 : Правознавство. – С. 74–79.
11. Лемешко О. Фіксація судового процесу у господарському судочинстві України / О. Лемешко // Юридичний журнал. – № 4. – 2002. – С. 36.
12. Пасенюк О. М. Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Пасенюка. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 704 с.
13. Петрухін І. Л. Гласність судочинства / І. Л. Петрухін. – М. : Наука, 1981. – 360 с.
14. Петрухін І. Л. Гласність судочинства / І. Л. Петрухін // Коституційні основи правосуддя в СРСР. – 1981. – № 2. – С. 170–185.
15. Самочорнова О. А. Інформаційна насиченість та інформативність тексту / О. А. Самочорнова // Вісник Житомирського державного університету. – 2010. – Вип. 52. – С. 225–228.
16. Степанова Т. В. Щодо прогалин законодавчого регулювання правового статусу секретаря судового засідання у господарському процесі / Т. В. Степанова // Вісник Одеського національного університету. Серія : Правознавство. – 2014. –Вип. 2. – Т. 19. – С. 63–69.
17. Чванкін С. А. Особливості фіксування цивільного процесу / С. А. Чванкін // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С. 312–316.

УДК 342.951

ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «КОНТРОЛЬ» І «НАГЛЯД» ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

QUESTION DISTINCTION BETWEEN «CONTROL» AND «SUPERVISION» OVER THE STATE PENAL SERVICE OF UKRAINE

Сикал М.М.,
к.ю.н., доцент кафедри адміністративного,
цивільного та господарського права і процесу
Академія Державної пенітенціарної служби

Ткаченко О.Г.,
к.ю.н., доцент кафедри адміністративного,
цивільного та господарського права і процесу
Академія Державної пенітенціарної служби

У статті досліджено поняття контролю та нагляду за діяльністю Державної кримінально-виконавчої служби України. Було проаналізовано праці вчених, у яких висвітлювались розмежувальні ознаки контролю і нагляду. У статті зроблено особливий акцент на такій розмежувальній ознаці контролю і нагляду як можливість втручання суб'єкта контролю в оперативну діяльність підконтрольного суб'єкта.
Ключові слова: контроль, нагляд, розмежування контролю і нагляду, втручання в оперативну діяльність, особливості контролю і нагляду за діяльністю Державної кримінально-виконавчої служби України.

В статье исследовано понятие контроля и надзора за деятельностью Государственной уголовно-исполнительной службы Украины. Были проанализированы труды ученых, в которых освещались разграничительные признаки контроля и надзора. В статье сделан особый акцент на таком разграничительном признаке контроля и надзора как возможность вмешательства субъекта контроля в оперативную деятельность подконтрольного субъекта.
Ключевые слова: контроль, надзор, разграничение контроля и надзора, вмешательство в оперативную деятельность, особенности контроля и надзора за деятельностью Государственной уголовно-исполнительной службы Украины.

Administrative reform in Ukraine, the construction in accordance with the Constitution of Ukraine democratic, social, rule of law, the establishment and provision of human and civil rights cause is a prerequisite for the implementation of state and non-state institutions monitor the activities of public authorities, in particular, the activities of the State Penitentiary Service Ukraine.

Scientists have been made many attempts to find common and different for control and supervision, to determine their value. In the article the concept of control and supervision of the State Penitentiary Service of Ukraine. It analyzes the work of scientists who have highlighted signs dividing control of supervision.

This article was made special emphasis on this sign dividing control of a supervisory intervention subject to control operations of the controlled entity.

The article concluded that the interference in operational activities can not be considered a sign of dividing control of supervision, as prosecutors have the right to issue mandatory guidelines that set appropriate requirements, proof of this is Article 8 of the Law of Ukraine «On Prosecution» in which states that the written instructions of the prosecutor concerning observance of established legal procedure and conditions of detention of persons in places of detention, pretrial detention facilities where prisoners serving sentences, as well as written instructions of the prosecutor, given to other bodies carrying out judicial decisions in criminal cases and cases of administrative offenses are mandatory and immediate execution.
Key words: control, supervision, separation of control and supervision, interference in operational activities, features control and supervision of the State Penitentiary Service of Ukraine.

Проведення адміністративної реформи в Україні, побудова відповідно до Конституції України демократичної, соціальної, правової держави, утвердження і забезпечення прав людини і громадянина є передумовою здійснення державними і недержавними інституціями контролю за діяльністю органів державної влади, зокрема, і за діяльністю Державної кримінально-виконавчої служби України.

На сучасному етапі розвитку адміністративної науки проблеми контролю знайшли своє відображення у дисертаційних роботах великого кола відомих адміністративістів, зокрема, у працях В. М. Гаращука, І. М. Коросташової, Ю. В. Кочеткова, Л. М. Кравченко, О. А. Кузьменко, Л. А. Савченко, О. М. Тропіної, О. М. Хольченкова, П. М. Чистякова, О. О. Яковенка, Л. П. Сушко, В. Ю. Кобринського, Д. П. Цвігуна, Х. П. Ярмакі, а також у працях багатьох інших вчених.

Вченими було здійснено чимало спроб знайти спільне та відмінне для контролю та нагляду, визначити їх співвідношення. Так, О. Ф. Андрійко зазначає, що родовим поняттям є контроль. Нагляд є похідним від нього і має свої характерні ознаки, серед яких слід виділити передусім: перевірку дотримання спеціальних правил, встановлених щодо об'єктів, які перебувають під наглядом; організаційну непідпорядкованість даних об'єктів органам, що здійснюють нагляд; застосування органами, що здійснюють нагляд, визначених законом заходів відповідальності за допущені правопорушення. У ході здійснення контролю перевіряється не лише дотримання правових норм та спеціальних правил, а й діяльність відповідних органів, посадових осіб у межах їх компетенції, доцільність та ефективність такої діяльності. Контроль може здійснюватися органами загальної компетенції, їх посадовими особами у межах визначених повноважень, а також спеціальними органами за об'єктами, як підпорядкованими, так і не підпорядкованими цим органам. Тому нагляд, на думку О. Ф. Андрійко, слід розглядати як окремий вид контролю певну його форму, застосування якої у разі виявлення порушень супроводжується заходами впливу державно-владного характеру [1, с. 91-92].

В. В. Новіков стверджує, що наглядові органи оцінюють рішення та дії піднаглядних об'єктів виключно з точки зору відповідності їх вимогам закону, не мають права їх скасовувати або змінювати, втручатися в оперативно-господарську діяльність об'єктів, застосовувати до них якісь санкції. Поряд з цими повноваженнями органи контролю можуть також ставити питання про доцільність та ефективність рішень і дій підконтрольних об'єктів [2, с. 41].

І. В. Панова акцентує увагу на тому, що при здійсненні контролю спостерігається, відстежується, аналізується і перевіряється не лише дотримання правових норм та спеціальних правил, а й діяльність відповідних органів, посадових осіб у межах їх компетенції, доцільність та ефективність такої діяльності. Цей контроль може здійснюватися органами загальної компетенції (обласними державними адміністраціями), їх посадовими особами у межах визначених повноважень, а також спеціальними органами за об'єктами як підпорядкованими, так і не підпорядкованими цим органам. Тому нагляд, на її думку, потрібно розглядати як окремий вид контролю, певну його форму, застосування якої при виявленні порушень може супроводжуватися заходами впливу державно-владного характеру [3, с. 66-67].

В. К. Колпаков у підручнику «Адміністративне право України» визначає контроль як один з найбільш поширених і дієвих способів забезпечення законності, сутність якого полягає в тому, що суб'єкт контролю здійснює облік і перевірку того, як контрольований об'єкт виконує покладені на нього завдання і реалізує свої функції [4, с. 662].

Розглядаючи розмежувальні ознаки контролю і нагляду, слід зауважити, що поряд із В. М. Гаращуком висловлюють власну думку про право втручання в оперативну діяльність підконтрольного суб'єкта як відмінну ознаку такі вчені: В. Ю. Кобринський, Т. О. Коломоєць, В. В. Новіков, О. І. Остапенко, але об'єктом втручання визначають не оперативну, а оперативно-господарську діяльність [5, с. 471]. Ю. П. Битяк, у свою чергу, об'єктом втручання визначив і оперативну, і господарську діяльність [6, с. 246].

Вивчення праць вказаних вчених надало можливість стверджувати про факт констатації даної ознаки без належного її аналізу та визначення, і, як наслідок, нерозкритим залишилось поняття самого втручання, тобто не висвітлено, яким чином здійснюється втручання та що взагалі розуміється під цим терміном, а також вченими не конкретизується поняття оперативної діяльності та не висвітлюється, що саме вони розуміють під оперативно-господарською діяльністю. Натомість В. М. Гаращук, визначаючи критерії для класифікації контролю, згадує про такі напрямки втручання в оперативну діяльність підконтрольної структури, як втручання в господарську діяльність, кадрову політику та сферу управління, а також розподіляє втручання в оперативну діяльність підконтрольного органу за ступенем (глибиною) на пряме (безпосереднє) або непряме (опосередковане) [7, с. 135-136]. Тобто, можна зробити висновок, що хоча В. М. Гаращук і не надає поняття оперативної діяльності, натомість до неї відносить господарську діяльність, кадрову політику та сферу управління, а це є оперативно-службовою діяльністю установ виконання покарань за винятком господарської діяльності.

На нашу ж думку, вживання такого поняття як «оперативна діяльність» буде недоречним та некоректним, оскільки це поняття не використовується на нормативно-правовому рівні, а також не має належного дослідження у науці адміністративного права, оскільки не вбачається у цьому нагальної потреби, поряд із цим застосовується таке поняття як «оперативно-службова діяльність».

Слід відмітити, що поняття втручання контролюючого органу в оперативну діяльність підконтрольних об'єктів визначив О. М. Клюєв, який розуміє втручання як видання обов'язкових для виконання вказівок [8, с. 53]. Виходячи із даного визначення О. М. Клюєва, варто зазначити, що поняття оперативної діяльності у даному визначенні також не розкривається, але зроблено спробу охарактеризувати саме втручання, тобто у чому воно виражається, і під цим О. М. Клюєв пропонує розуміти видання обов'язкових для виконання вказівок. Якщо ж взяти за основу дане твердження, то можна зробити висновок, що втручання в оперативну діяльність не можна назвати відмежувальною ознакою контролю від нагляду, оскільки органи прокуратури мають право видавати обов'язкові для виконання вказівки, тобто ставити відповідні вимоги, підтвердженням цьому є ст. 8 Закону України «Про прокуратуру», у якій йдеться про те, що письмові вказівки прокурора щодо додержання встановлених законодавством порядку та умов тримання осіб у місцях тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установах, в яких засуджені відбувають покарання, а також письмові вказівки прокурора, надані іншим органам, що виконують судові рішення у кримінальних справах та справах про адміністративні правопорушення, є обов'язковими і підлягають негайному виконанню [9].

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови надається визначення поняттю «втручатись»: 1) входити, проникати куди-небудь, у що-небудь; 2) самочинно займатися чиїмись справами, встрявати в чиї-небудь стосунки тощо; 3) брати активну участь у чомусь для припинення чого-небудь, протидіяння чому-небудь і т. ін. [10, с. 210].

Отже, можна зробити висновок, що норми вищезгаданого Закону передбачають саме у такий спосіб втручання органів прокуратури України у діяльність пенітенціарних закладів. Прикладом такого втручання в оперативно-службову діяльність є те, що впродовж 3 місяців 2016 року органи прокуратури, здійснюючи нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян розглянули документи прокурорського реагування з вжиттям заходів щодо усунення порушень закону слідчими ізоляторами – 103 справи, арештними домами – 5 справ, виправними центрами – 48 справ, виправними

колоніями – 379 справ, виховними колоніями – 8 справ, кримінально-виконавчими інспекціями – 262 справи.

Варто зауважити, що при контролі на нормативно-правовому рівні може бути закріплена заборона втручання в оперативно-службову діяльність органів і установ виконання покарань. Наприклад, у п. 7 Положення про спостережні комісії, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 01 квітня 2004 року № 429 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 10 листопада 2010 року № 1042) зазначено, що спостережні комісії, основним завданням яких є організація та здійснення громадського контролю за дотриманням прав, основних свобод і законних інтересів засуджених осіб та осіб, звільнених від відбування покарання, під час здійснення своїх повноважень не вправі втручатися в оперативно-службову діяльність органів і установ виконання покарань [11]. Крім цього, для підтвердження нашої позиції, слід згадати погляди Ю. П. Битяка, який вказує на відсутність права втручання суб'єктів громадського контролю в оперативну діяльність [6, с. 246].

Отже, можна зробити висновок, що при нагляді за діяльністю пенітенціарних закладів можливе втручання в оперативно-службову діяльність, а при контролі, зокрема громадському, таке втручання може бути відсутнє. Означене вище надає нам можливість дійти висновку, що право втручання в оперативну діяльність не є відмінною ознакою контролю від нагляду.

ЛІТЕРАТУРА

1. Андрійко О. Ф. Державний контроль в Україні : організаційно-правові засади / О. Ф. Андрійко ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К. : Наукова думка, 2004. – 300 с.

2. Новіков В. В. Внутрівідомчий контроль як засіб забезпечення законності і дисципліни в органах внутрішніх справ : Дис. ... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.07 / В. В. Новіков. – Х., 2006. – 201 с.

3. Панова І. В. Контрольна діяльність обласних державних адміністрацій у сфері фінансів та бюджету : Дис. ... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.07 / І. В. Панова. – Х., 2004. – 190 с.

4. Колпаков В. К. Адміністративне право України : підручник / В. К. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 736 с.

5. Адміністративне право : навчальний посібник / О. І. Остапенко [та ін.] ; Міністерство освіти і науки України, Львівський державний університет внутрішніх справ. – К. : Правова єдність, 2008. – 536 с.

6. Адміністративне право України : підручник для студентів юридичних спеціальних вищих навчальних закладів / Ю. П. Битяк [та ін.] ; ред. Ю. П. Битяка ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 544 с.

7. Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : Дис. … д-ра юрид. наук за спец. : 12.00.07 / В. М. Гаращук. – Х., 2003. – 412 с.

8. Клюєв О. М. Поняття та сутність контролю, що здійснюється правоохоронними органами / О. М. Клюєв // Юридична наука і практика. – 2011. – № 1. – С. 52–56.

9. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1697-18.

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с.

11. Про затвердження Положення про спостережні комісії : Постанова Кабінету Міністрів України від 01 квітня 2004 року № 429 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1042-2010-%EF.

УДК 336.225.3

ОКРЕМІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ

CERTAIN LEGAL ASPECTS OF TRANSFER PRICING IN UKRAINE

Товкун Л.В.,
доцент кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються особливості державного регулювання трансфертного ціноутворення в Україні. Розглядається світовий досвід та аналізуються недоліки податкового законодавства у сфері трансфертного ціноутворення на сучасному етапі. Визначається вплив обміну податковою інформацією, форм спільного нагляду контролюючих органів (за участю міжнародних організацій) за механізмом трансфертного ціноутворення.

Ключові слова: трансфертне ціноутворення, глобалізація світової економіки, оптимізація оподаткування, міжнародний обмін інформацією.

В статье исследуются особенности государственного регулирования трансфертного ценообразования в Украине. Рассматривается мировой опыт и анализируются недостатки налогового законодательства в сфере трансфертного ценообразования на современном этапе. Определяется влияние обмена налоговой информацией, форм совместного надзора контролирующих органов (при участии международных организаций) за механизмом трансфертного ценообразования.

Ключевые слова: трансфертное ценообразование, глобализация мировой экономики, оптимизация налогообложения, международный обмен информацией.

The application and development of transfer pricing is closely linked to the development of international trade and international investment. Unfortunately, the tax system of Ukraine never was favorable for doing business. So important is proper legal regulation, the elimination of inconsistencies and specification of rules that govern transfer pricing.

The main initiators of the introduction of state regulation over transfer pricing are three powerful organizations: The organization for economic cooperation and development (OECD), the European Union (EU), the Organization Ob dannymac (UN). During the development of documents regulating issues in the field of transfer pricing, these organizations cooperate with each other. These documents are not inherent in the harsh hierarchy. States may adopt these or other donated, which in their opinion are most suitable for the national characteristics of the economy.

First transfer pricing rules have been developed in the United States. This example was followed by other countries.

The main provisions of the OECD Guidelines are reflected in article 39 of the Tax code of Ukraine. But often, in the regulation of transfer pricing, there are difficulties, namely: 1) to nauonline legislation there is a significant list of controlled transactions, which is contrary to the Recommendations of the OECD and the European practice; 2) the lack of normative regulation of the concept of «transfer pricing policy»; 3) increase Statute of limitations for assessment by regulatory authorities of tax liabilities and more.

Important for the development of transfer pricing is the improvement of the mechanism for the exchange and disclosure of information for tax purposes. This exchange must be conducted in accordance with international standards. It can be carried in three forms, but the most effective is the automatic exchange of information.

Currently, Ukraine has not acceded to the Standards of automatic exchange of financial information. It will be in the near future. This requires a comprehensive reform of the entire system of international agreements, the implementation of certain legislative and technical requirements on the part of Ukraine.

Key words: transfer pricing, globalization of the world economy, tax optimization, international exchange of information.

Згідно з настановами ОЕРС однією із пріоритетних цілей, задля досягнення якої запроваджується трансфертне ціноутворення, є розвиток міжнародної торгівлі та міжнародних інвестицій. Ця сфера є найбільш привабливою для використання схем мінімізації податків.

За своєю природою міжнародна торгівля є найбільш вразливою з точки зору оподаткування, що створює можливість застосування різних схем ухилення від сплати податків, що супроводжується низькою імовірністю їх виявлення та розкриття. Держава втрачає значні податкові надходження внаслідок застосування транснаціональними корпораціями агресивного податкового планування (для перенесення доходів до юрисдикцій з більш сприятливими режимами оподаткування), реструктуризації моделей бізнесу з метою зниження бази оподаткування та ін.

Актуальність обраної теми обумовлена глобалізацією світової економіки, результатом якої стало вільне перетікання фінансових ресурсів, різке зростання економічної могутності транснаціональних корпорацій, що зумовлює нові вимоги до формування податкових систем.

На жаль, податкова система України ніколи не була сприятлива для ведення бізнесу. Тому використання трансфертного ціноутворення для оптимізації оподаткування в Україні поступово набрало таких обертів, що відтік капіталу став реальною проблемою для державних структур, покликаних піклуватись про наповнення державного бюджету України. За даними Державної фіскальної служби України більше половини (54%) українського товарного експорту пов'язано із заниженням податкового навантаження при використанні трансфертного ціноутворення. Не ліпшою є ситуація і з імпортом.

Не дивлячись на те, що трансфертне ціноутворення має певні негативні для економіки наслідки, воно дозволяє оптимізувати витрати і внутрішні фінансові потоки компаній. Тут не стоїть питання «бути чи не бути» трансфертному ціноутворенню. Питання полягає в належному нормативно-правовому регулюванні трансфертного ціноутворення з урахуванням міжнародного досвіду, усуненні суперечностей та конкретизації норм, що його регулюють.

Метою статті є висвітлення сучасних проблем у сфері державного регулювання трансфертного ціноутворення в Україні. Звернуто увагу на аналіз світового досвіду застосування трансфертного ціноутворення, розкриття та обмін інформацією, форм спільного нагляду за дотриманням умов трансфертного ціноутворення (в частині сторін, що є учасниками контрольованих операцій).

Не дивлячись на те, що сьогодні серед європейських країн механізм трансфертного ціноутворення та контролю за ним в Україні є одним із найслабших, він знаходиться в центрі уваги науковців, практиків з питань оподаткування, самих міжнародних організацій.

Перші роботи, присвячені цій темі, належать Е. Шмаленбаху, Дж. Діну, Дж. Хіршляйферу. Серед вітчизняних науковців слід виділити П. Дзюбу, Т. Сваченко, О. Шнінко та інших, які в своїх роботах досліджували різні аспекти трансфертного ціноутворення [1; 2].

Основними ініціаторами запровадження державного регулювання та контролю за трансферним ціноутворенням є три найпотужніші міжнародні організації: Організація економічної співпраці та розвитку (далі – ОЕСР), до складу якої входять 34 розвинуті країни світу; Європейський Союз (далі – ЄС), до якого входять 28 країн; Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН).

При розробці методично-організаційних документів, якими регулюються питання у сфері трансфертного ціноутворення, ці організації співпрацюють між собою. Крім того, документами з питань трансфертного ціноутворення у своїй діяльності керуються не тільки держави-члени ОЕСР, а й окремі держави, які не є членами ОЕСР, в тому числі й Україна.

Головним міжнародним документом в галузі регулювання трансфертного ціноутворення є Настанови Організації економічного співробітництва та розвитку щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб (далі – Настанови ОЕСР) [3]. Водночас рекомендації щодо застосування трансфертного ціноутворення викладено в Практичному керівництві ООН з трансфертного ціноутворення для країн, що розвиваються (2013 рік). Переліченим документам не притаманна сурова ієрархія. Держави можуть запозичити ті чи інші положення, які на їх погляд є найбільш придатними для національних особливостей економіки.

Розроблені під егідою ОЕСР, ЄС і ООН документи можна віднести до категорії м'якого права. Не будучи юридично обов'язковими, а лише допоміжними джерелами регулювання, багато положень знайшли свою імплементацію в національному законодавстві ряду європейських країн, в тому числі і в Україні. За допомогою рекомендаційних приписів вони орієнтують держави на уніфікований розвиток національного правового поля у сфері трансфертного ціноутворення.

Вперше правила трансфертного ціноутворення були розроблені в США. Цей приклад наслідували інші країни, компанії яких активно діяли на ринках країн. До країн з найжорсткішими правилами трансфертного ціноутворення належать Індія та Китай, які демонструють стійкі тенденції економічного зростання. У таких країнах, як Італія, Франція, Японія, правила трансфертного ціноутворення застосовуються лише щодо міжнародних операцій. У деяких країнах вони розповсюджуються і на внутрішні операції. Так, у Великобританії прийняття зобов'язань недискримінації в рамках європейського права потягло за собою поширення норм трансфертного ціноутворення і на внутрішні операції. Норвегія контролює потоки капіталів шляхом посилення контролю по сплаті податків корпораціями в інших країнах. В Португалії, Іспанії, Аргентині, Бразилії передбачені додаткові обставини для ініціювання податкового контролю трансфертного ціноутворення за умови проведення угоди з резидентом «податкової гавані» [4].

Вітчизняне податкове законодавство створило передумови для наближення українських правил трансфертного ціноутворення до світових стандартів. Основні положення Настанов ОЕСР найшли відображення в ст. 39 Податкового кодексу України [5]. На даний час в національне законодавство запроваджено поняття принципу «витягнутої руки», який є ширшим за поняття звичайної ціни та дозволяє (або вимагає) враховувати не лише ціну операції, але й інші фінансові та комерційні умови, які впливають на обсяг оподатковуваного прибутку платника. Важливим є те, що установлення відповідності умов контрольованих операцій принципу «витягнутої руки» проводиться з метою перевірки правильності, повноти нарахування та сплати виключно податку на прибуток підприємств, що відповідає світовій практиці [6]. Позитивним є те, що з під контролю трансфертного ціноутворення виключено операції між резидентами України та ПДВ.

З 13 серпня 2015 року Законом України від 15 липня 2015 року № 609 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» внесено певні технічні правки до окремих норм ст. 39 Податкового кодексу України та змінено вартісні критерії визначення контрольованих операцій [7].

Однак, в деяких випадках, при регулюванні трансфертного ціноутворення виникають складнощі. Розглянемо деякі з них:

1) в національному законодавстві існує перелік операцій, які відносять до контрольованих. Податковий кодекс України визначає, що ці операції повинні відповідати критеріям «за контрагентом» та «вартісному критерію». Критерій «за контрагентом» включає операції не тільки з пов'язаними особами нерезидентами, а й з комісіонерами-нерезидентами або нерезидентами, зареєстрованими в державі (на території), що включена до переліку держав (територій), затвердженого Кабінетом Міністрів України. Також сюди відносять операції між пов'язаними особами (резидентом та нерезидентом), проведені із залученням фірм-«посередників». «Вартісний критерій» складається із двох обов'язкових елементів: обсягу річного доходу платника та загальної суми контрольованих операцій. Відсутність будь-якого з цих елементів виключає віднесення господарських операцій до контрольованих.

Але такий перелік контрольованих операцій є досить широким і не зовсім відповідає Рекомендаціям ОЕСР та європейській практиці, що несе ризик невиправданого розширення підконтрольних об'єктів, сприяє збільшенню витрат на адміністрування податків як з боку платників, так і з боку контролюючих органів;

2) на даний час в національному законодавстві відсутнє нормативне регулювання поняття «політика трансфертного ціноутворення». Світова практика свідчить, що воно є одним із найефективніших інструментів щодо мінімізації податкових ризиків для платників, які є часткою, або самі утворюють групу компаній. Такий документ, як правило, містить чіткий і прозорий алгоритм процесу трансфертного ціноутворення в компанії, опис джерел ринкової інформації, який використовується платником для оцінки ринкових рівнів рентабельності, порівнянності комерційних та фінансових умов та ін.

Важливими умовами для впровадження та розвитку в Україні «політики трансфертного ціноутворення», на наш погляд, повинні бути: а) її динамічність (тобто політика ціноутворення повинна реагувати на зміни в економіці і постійно переглядатись); б) наявність кваліфікованого персоналу; в) охоплення всього обсягу внутрішньо фірмових операцій компанії;

3) значне збільшення строків давності для донарахування контролюючими органами податкових зобов'язань за результатами перевірок (з 1095 до 2555 днів). Отже, виходячи з цього, контрольовані операції платника податків можуть бути перевірені протягом понад 7 років з дати їх проведення (п. 102.1. ст. 1020 Податкового кодексу України). Також збільшено (до 18 місяців з можливістю продовження ще на 12 місяців) строки проведення перевірок контрольованих операцій контролюючими органами. В умовах високої мобільності руху товарів, капіталу, робочої сили це не сприяє реалізації правової визначеності для суб'єктів господарювання, створює надмірний тиск на платників податків. Враховуючи активне обговорення питання автоматичного обміну інформацією по трансфертному ціноутворенню існує певний

ризик для платників податків, що контролюючим органам за 7 років може стати відома прихована податкова інформація, яка не була заявлена своєчасно у податкових документах платника;

4) досить часто зміни внесені до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення в певних випадках не узгоджені ні між собою, ні з іншими нормами податкового законодавства, і не відповідають світовій практиці. Це може викликати розбіжності між розумінням прав та обов'язків платниками податків, контролюючими органами, судами. Як наслідок – у процесі застосування національними судовими органами положень міжнародних актів, які регулюють трансфертне ціноутворення, можливі значні розбіжності, що грунтуються на різноманітності як внутрішнього процесуального законодавства, так і правозастосовчої практики в інших державах. Тому, законодавчому органу необхідно привести ці норми у відповідність із світовою практикою і усунути цілий ряд технічних розбіжностей.

Прийняття національних законів, відмінних від міжнародних актів, не відповідає інтересам держави в цілому, тому що знижує привабливість внутрішнього ринку для інвесторів, знижує ефективність роботи контролюючих органів і, в кінцевому підсумку, негативно впливає на бюджетні інтереси України. Тому зміни законодавства повинні бути орієнтовані саме на зміст міжнародних норм.

Одним із важливих елементів для розвитку трансферного ціноутворення в Україні є удосконалення механізму розкриття та обміну інформацією з метою оподаткування відповідно до міжнародних стандартів.

Відповідно до розділу V Настанов ОЕСР надання документації з трансфертного ціноутворення має три мети: по-перше, переконатись, що платники податків належним чином розглянули вимоги з трансфертного ціноутворення при встановленні ціни, а також інші умови при здійсненні операцій між асоційованими підприємствами та вимоги щодо надання інформації про прибуток, отриманий у результаті таких операцій, у своїх податкових деклараціях; по-друге, забезпечити податкові служби інформацією, необхідною для оцінки ризиків, пов'язаних з трансфертним ціноутворенням, на основі повної інформації; по-третє, забезпечити податкові служби корисною інформацією, що використовуватиметься при проведенні ретельного аудиту практики трансфертного ціноутворення суб'єктів, що підлягають оподаткуванню у їх юрисдикціях [5].

Обмін податковою інформацією може здійснюватись у трьох формах:

1) обмін за запитом – коли контролюючі органи однієї держави просять надати інформацію з іншої держави відносно окремих компаній, осіб або їх операцій. Нині цей спосіб обміну інформацією є основним для України. Він здійснюється на основі міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування та Міжнародної конвенції про взаємну адміністративну допомогу по податковим справам.

В Україні процедура обміну податковою інформацією здійснюється через Департамент міжнародних зв'язків Державної фіскальної служби України (далі – ДФС України), а також через Головне слідче управління фінансових розслідувань ДФС України. Звіти ДФС України та судова практика свідчать, що запити можуть здійснюватись для: підтвердження статусу отримувача доходу з метою перевірки наявності підстав для застосування положень Конвенції про уникнення подвійного оподаткування; підтвердження відомостей щодо контрагента платника податків (реєстрація в податкових органах, здійснення господарської діяльності); отримання інформації про повноваження, надані головною компанією представництву на території України та ін. [8].

Недоліком цієї форми обміну є те, що більшість договорів про уникнення подвійного оподаткування були ратифіковані Україною ще у 90-х роках і не враховують сучасні стандарти обміну інформацією. Це є причиною для відмови ряду держав в обміні податковою інформацією з Україною;

2) спонтанний обмін інформацією передбачає надання інформації однією стороною другій без попереднього запиту, якщо перша сторона має факти ухилення від оподаткування, які стосуються другої сторони. Виходячи з цього, податкова інформація може бути одержана контролюючими органами України тільки у випадку, коли іноземні контролюючі органи нададуть її за власним бажанням;

3) автоматичний обмін – це регулярне та систематичне надання інформації з трансфертного ціноутворення між державами. Для цього необхідно узгодження процедури такого обміну. Прикладом такого обміну є угода між Україною і Бельгією (Угода між Державною податковою адміністрацією України і Міністерством фінансів Бельгії в галузі обміну даними і одночасних перевірок від 17 березня 2003 року). На даний час цей приклад є скоріше виключенням, ніж правилом. Так, із діючих нині 71 угод про уникнення подвійного оподаткування між Україною та іноземними юрисдикціями в жодній не міститься положень про автоматичний обмін податковою інформацією. Тому важливим кроком є перегляд двосторонніх угод України про уникнення подвійного оподаткування.

Значний вплив на розвиток автоматичного обміну інформацією справила політика США. У 2010 році в США було ухвалено закон Foreign Account Tax Compliance Act (далі – FATCA). Згідно з ним іноземні банки зобов'язані повідомляти американській податковій службі про всіх клієнтів, які можуть мати стосунок до США, розкривати дані про їх операції та залишки на рахунках. В іншому разі банки повинні сплачувати збір обсягом 30% із будь-яких транзакцій, що проходять через США. На виконання Закону було укладено двосторонні угоди з податковими службами різних держав. У 2013 році з метою обміну інформацією не тільки з США, але і між країнами ЄС за механізмом, аналогічним FATCA, ОЕСР були розроблені Стандарти автоматичного обміну фінансовою інформацією у податкових справах, до яких можна було долучитись і країнам, які не є членами ОЕСР.

Ці стандарти передбачають щорічний міжурядовий обмін податковою інформацією в автоматичному режимі між країнами, що імплементували такий механізм шляхом надання фінансової інформації. На даний час до Стандартів приєднались 61 юрисдикція, більше 40 із яких мають намір впровадити механізм автоматичного обміну податковою інформацією уже в 2017 році. України поки що в цьому переліку немає. Але в будь-якому випадку Україна не може бути осторонь глобальних процесів встановлення фінансової прозорості.

В найближчий час може бути втілений механізм автоматичного обміну податковою інформацією саме для цілей трансфертного ціноутворення, який дозволить виявити не тільки факти встановлення неринкових цін, але також і достовірність інформації про групу компаній, про діяльність компаній групи, про їх активи та інше. Для цього необхідно: 1) адаптувати національне законодавство у відповідності зі світовими вимогами, а саме імплементувати у законодавство України кроки плану BEPS (Base Erosion and Profit Shifting – єдиних правил, направлених на боротьбу з оптимізацією податкового навантаження за допомогою офшорів). Без цих правил контролюючі органи будуть мати обмежене коло інформації стосовно діяльності платників податків з трансфертного ціноутворення, що не дасть можливості оцінити загальний розмір одержаного прибутку; 2) виконати законодавчі вимоги для добровільного приєднання до багатосторонньої Конвенції про співпрацю між компетентними

органами з питань автоматичного обміну інформацією.

Інститут трансфертного ціноутворення розвивається в Україні швидкими темпами. З кінця 2013 року, коли були впроваджені перші норми, і до сьогоднішнього часу ст. 39 Податкового кодексу України зазнала змін, які мають тенденцію до узгодження з міжнародними стандартами.

Важливим кроком розвитку трансфертного ціноутворення є розкриття та обмін інформацією з метою оподаткування. Мова йде про комплексну реформу всієї системи міжнародних угод з орієнтацією на перехід до автоматичного обміну інформацією.

Якщо перші податкові угоди передбачали двостороннє співробітництво контролюючих органів, то пропонована автоматична система обміну податковою інформацією є складним, багатофункціональним механізмом, який потребує виконання певних законодавчих та технічних вимог з боку України. Тому не варто розраховувати на швидке вирішення визначених проблем, але вже сьогодні треба над цим працювати.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дзюба П. Трансфертні ціноутворення у фінансовій системі ТНК : Дис... канд. екон. наук за спец. : 08.05.01 / П. Дзюба. – К, 2005. – 210 с.

2. Шнипко О. Транснаціональні компанії та проблеми транснаціоналізації і українського ринку / О. Шнипко // Економіст. – 2005. – № 1. – С. 58–63.

3. Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для ТНК та податкових служб (22 червня 2010 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // sfs.gov.ua/data/material/000/021/80820/o.pdf.

4. A Legal View of the Implication for the Corporate, Business and Investment Sectors. Budget 2004. – Norton Rose, 2004. – 10 p.

5. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, 15-16, 17. – Ст. 112.

6. «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення податкового контролю за трансфертним ціноутворенням» : Закон України від 28 грудня 2014 року № 72-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 10. – Ст. 56.

7. «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» : Закон України від 15 липня 2015 року № 609-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 40-41. – Ст. 380.

8. Тенденції у сфері міжнародного оподаткування 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.ey.com.Publication.vwluAssets.

УДК 347.73 (043)

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ЗМІСТ МІСЦЕВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ

THEORETICAL AND LEGAL CONTENTS OF LOCAL BORROWING

Фокша Л.В.,
к.ю.н., доцент
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню теоретико-правового змісту місцевих запозичень. Проаналізовано нормативно-правову базу, що регулює правовідносини в сфері місцевих запозичень. Визначено характерні особливості запозичень як методу фінансової діяльності органів місцевого самоврядування. Проаналізовано форми здійснення місцевих запозичень, їх переваги та недоліки. Окреслено пріоритетні напрями вдосконалення вітчизняного законодавства в сфері місцевих запозичень.

Ключові слова: місцеві запозичення, облігації місцевих позик, кредитні ресурси, боргові зобов'язання, місцеві фінанси, соціально-економічний розвиток регіонів.

Статья посвящена исследованию теоретико-правового содержания местных заимствований. Проанализирована нормативно-правовая база, регулирующая правоотношения в сфере местных заимствований. Определены характерные особенности заимствований как метода финансовой деятельности органов местного самоуправления. Проанализированы формы осуществления местных заимствований, их преимущества и недостатки. Определены приоритетные направления совершенствования отечественного законодательства в сфере местных заимствований.

Ключевые слова: местные заимствования, облигации местных займов, кредитные ресурсы, долговые обязательства, местные финансы, социально-экономическое развитие регионов.

The article is devoted to research of theoretical and legal content of local borrowing.

The legal framework that regulates relations in the sphere of local borrowing was analyzed. Is determined that the financial and legal category «local borrowing» is characterized by the following features: a voluntary and contractual nature; is carried out in terms, return and payment; attracted by borrowing funds for investment purposes; repayment of debt by borrowing; financed from the budget; legal relations in the field of local borrowing appear during the financial activities of local governments and are aimed at the formation, distribution and using of public funds, borrowings is carried out to implement the public interest.

Was researched forms of local borrowing: loan contracts (loan agreements) and issuing of municipal bonds. The criteria that affecting on the choice of instrument borrowing have investigated.

It is proved that the best option for the territorial community is to maintain a relatively constant proportion of current funding and financing by borrowing by the local investment programs. The priority directions of improvement of national legislation on local borrowing were determined.

It is indicated that government regulation of local borrowing should be implemented in the following forms: regulation of an order of local borrowing, implementation of projects and debt's repayment; the statutory maximum amount of local debt and determine ways to optimize repayment obligations; control over the use of funds attracted by local borrowing; developing mechanisms to enforce the obligations of local borrowings in order to protect the interests of the state, creditors and the local community.

Was determined that the fundamental criteria for improving the legislation of Ukraine in the sphere of local borrowing should be: stimulating by the state of local borrowing market to improve the investment jurisdiction of local governments; protecting the interests of the state, creditors and local communities in attracting credits (loans), using loans and repayment of debt; ensuring openness and transparency of borrowing.

Key words: local borrowing, local bonds, loans, debt, local finances, socio-economic development of regions.

Процес формування ефективної фінансової системи держави потребує посилення ролі територіальних громад у вирішенні соціально-економічних проблем, які існують на територіях їх розташування. Пріоритетним напрямом діяльності органів влади на місцях має стати не лише виконання першочергових функцій забезпечення життєдіяльності громади, а й упровадження стратегічного місцевого розвитку, що приведе до покращення якості управлінських послуг та підвищення рівня життя населення регіону.

Недостатність грошових ресурсів, що наявні у розпорядженні органів місцевого самоврядування, ускладнює можливості фінансування програм соціально-економічного розвитку територій. В цих умовах здійснення місцевих запозичень є ефективним та зручним інструментом вирішення завдань, пов'язаних із залученням необхідних грошових коштів для фінансування тих чи інших інвестиційних проектів, спрямованих на покращення місцевої інфраструктури.

Окремі питання місцевих запозичень досліджувалися в працях таких вітчизняних і зарубіжних науковців, як: В. Т. Баринов, К. Р. Безсмертна, Л. К. Воронова, С. В. Глущенко, О. П. Горбунова, Н. Д. Еріашвілі, І. Б. Заверуха, М. В. Карасева, Ю. О. Крохіна, І. І. Розпутенко, А. А. Нечай, А. С. Нестеренко, О. П. Орлюк, В. М. Падалка, М. М. Пастернак, З. І. Перощук, Л. А. Савченко, І. І. Янжул.

Метою статті є визначення теоретичних і правових засад місцевих запозичень як механізму наповнення місцевих бюджетів. Для досягнення зазначеної мети поставлено такі завдання: визначити особливості місцевих запозичень як методу фінансової діяльності органів місцевого самоврядування; проаналізувати форми здійснення місцевих запозичень, їх переваги та недоліки; окреслити пріоритетні напрями вдосконалення вітчизняного законодавства в сфері місцевих запозичень.

Закріплення права органів місцевого самоврядування на здійснення місцевих запозичень надає можливість територіальним громадам самостійно вирішувати питання створення, приросту чи оновлення стратегічних об'єктів довготривалого користування, забезпечувати створення додаткових робочих місць та підвищувати рівень надання соціальних послуг населенню. Проте недосконаліть правового регулювання сприяє заниженню в Україні ролі запозичень як альтернативного джерела мобілізації фінансових ресурсів органами місцевого самоврядування.

Умови, підстави та основні принципи здійснення місцевих запозичень регулюються нормами, що представлені в загальних законодавчих актах – в Бюджетному, Цивільному та Господарському кодексах, а також у спеціальних – Законі України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні», Законі України від 23 лютого 2006 року № 3480-IV «Про цінні папери і фондовий ринок» та ін.

Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ст. 70) закріплює, що рада або, за її рішенням інші органи місцевого самоврядування можуть здійснювати місцеві запозичення та отримувати позики місцевим бюджетам відповідно до вимог, встановлених Бюджетним кодексом України (далі – БК України) [1].

БК України визначає це положення більш конкретизовано. Відповідно до ст. 16 Бюджетного кодексу України, винятково Верховна Рада Автономної Республіки Крим та міські ради мають право здійснювати місцеві внутрішні запозичення, а щодо права органів місцевого самоврядування залучати кошти із зовнішніх джерел, то тут коло уповноважених суб'єктів ще більше звужується, оскільки згідно з Кодексом місцеві зовнішні запозичення можуть здійснювати лише Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Київська, Севастопольська міські ради, міські ради міст обласного значення. При цьому місцеві зовнішні запозичення шляхом отримання кредитів (позик) від міжнародних фінансових організацій можуть здійснювати всі міські ради [2].

Тобто зазначена в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» норма потребує уточнення, оскільки до органів місцевого самоврядування, крім міських, відносять також і сільські, селищні ради, які не мають права здійснювати запозичення згідно з БК України. Також залишається незрозумілим, які «інші органи місцевого самоврядування» за рішенням ради можуть вступати в кредитні відносини.

Згідно з БК України, місцеве запозичення слід розглядати як операції з отримання до бюджету Автономної Республіки Крим чи міського бюджету кредитів (позик) на умовах повернення, платності та строковості з метою фінансування бюджету Автономної Республіки Крим чи міського бюджету [2].

Стаття 74 БК України конкретизує призначення та мету здійснення запозичень і зазначає, що місцеві запозичення здійснюються з метою фінансування бюджету розвитку бюджету Автономної Республіки Крим, міських бюджетів та використовуються для створення, приросту чи оновлення стратегічних об'єктів довготривалого користування або об'єктів, які забезпечують виконання завдань Верховної Ради Автономної Республіки Крим та міських рад, спрямованих на задоволення інтересів населення Автономної Республіки Крим і територіальних громад міст [2].

Тобто кошти, що залучаються за рахунок здійснення запозичень, спрямовуються переважно на розвиток основних фондів, мають інвестиційне призначення, що посилює можливості органів місцевого самоврядування у самостійному вирішенні регіональних програм розвитку.

Здійснення місцевих запозичень приводить до переведення значної кількості об'єктів з фінансування за рахунок доходів бюджетів на інвестування. Інвестування, засноване на запозиченнях, безумовно має орієнтуватися на їх своєчасне повернення. Тобто на першому місці в інвестиційній програмі місцевих органів влади і органів місцевого самоврядування мають бути критерії економічної ефективності.

М. М. Пастернак в своїй дисертаційній роботі визначає характерні особливості запозичень:

– вони є формою інвестиційних відносин, які утворюються на фінансовому ринку;

– для інвестора запозичення завжди виступає як капітал-власність, який надається позичальнику на певних умовах;

– економічною формою використання запозичення є капітал-функція (навіть якщо запозичення безпосередньо не набуває форми капіталу);

– кредитування або придбання облігацій здійснюється за умов конкурентної боротьби [3].

Як фінансово-правова категорія, місцеві запозичення характеризуються такими особливостями:

– мають добровільний та договірний характер. Правовідносини, що виникають в сфері місцевих запозичень виникають на підставі певних договорів між органами місцевого самоврядування та юридичними і фізичними особами (як резидентами, так і нерезидентами), міжнародними фінансовими організаціями, і забезпечуються сукупністю методів, які поєднують імперативне й диспозитивне регулювання;

– здійснюються на умовах строковості, повернення і платності;

– залучені за рахунок запозичень грошові кошти мають інвестиційне призначення;

– погашення боргових зобов'язань, що виникають у результаті здійснення запозичень, здійснюється за рахунок бюджетних коштів;

– правовідносини в сфері місцевих запозичень виникають в процесі фінансової діяльності органів місцевого самоврядування і спрямовані на планомірне утворення, розподіл та використання публічних фондів коштів;

– запозичення здійснюється з метою реалізації публічного інтересу, адже, по-перше, мобілізація фінансових ресурсів здійснюється з метою залучення коштів до централізованих публічних фондів коштів (місцевих бюджетів); по-друге, здійснюється з метою задоволення публічних інтересів – фінансування економічно та соціально значущих об'єктів; по-третє, погашення, а також виплата у передбачених випадках доходу за кредитом (позикою) відбувається за рахунок публічних фінансів, що зосереджені в місцевих бюджетах.

Таким чином, під місцевим запозиченням слід розуміти врегульовані нормами права відносини з приводу мобілізації Верховною Радою Автономної Республіки Крим та міськими радами вільних грошових коштів фізичних, юридичних осіб і міжнародних фінансових організацій, на умовах добровільності, строковості, повернення й платності з метою фінансування бюджету розвитку бюджету Автономної Республіки Крим, міських бюджетів.

Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 року № 110 «Про затвердження Порядку здійснення місцевих запозичень», місцеві запозичення можуть здійснюватися у формі: укладення договорів позики (кредитних договорів) та випуску облігацій місцевих позик [4].

Критеріями, що впливають на вибір інструменту запозичення, можна визнати:

– визначені міською радою обсяги необхідних фінансових ресурсів;

– ступінь розвитку ринкової інфраструктури;

– соціальну значущість об'єкта, що планується фінансувати за рахунок акумульованих коштів.

Аналіз досліджень вітчизняних та зарубіжних науковців дав змогу виділити ряд переваг облігаційної форми місцевих запозичень порівняно з іншими механізмами акумулювання додаткових грошових ресурсів на ринку позикового капіталу:

– зниження вартості запозичень (емісія облігацій дає можливість знижувати відсоткові ставки щодо запозичених ресурсів, мобілізуючи на внутрішньому фінансовому ринку вільні кошти фізичних та юридичних осіб, фінансових установ. Широке коло інвесторів забезпечує можливість запозичення на більш привабливих умовах порівняно із залученням на ці цілі прямих кредитів комерційних банків);

– встановлення умов запозичень самостійно органами місцевого самоврядування, з урахуванням можливостей та потреб регіону;

– удосконалення інфраструктури регіональних фондових ринків (успішне проведення облігаційних запозичень відіграє важливу роль у поліпшенні інвестиційного клімату в регіоні, створює потужний імпульс розвитку інфраструктури регіональних фондових ринків [5], що позитивно впливає в свою чергу на розвиток вітчизняного фондового ринку та забезпечує його інтеграцію у міжнародний ринок капіталу);

– сприяння міжрегіональному руху капіталів (емісія облігацій місцевих позик дає змогу вирішити гостру проблему залучення капіталу зі столиці до регіонів. Процес доступу регіонів до столичних фінансових ресурсів, що становлять близько 82% сукупних активів українських комерційних банків, ускладнюється через відносну слабкість філіальної мережі київських комерційних банків. При цьому ринок міжбанківських кредитів також не в змозі повністю забезпечити доступ регіонів до сконцентрованих у Києві грошових ресурсів через низькі ліміти міжбанківського кредитування, встановленого для переважної більшості регіональних комерційних банків. Прискорений розвиток ринку емісійних боргових цінних паперів стає необхідною умовою ефективного міжрегіонального руху капіталу [5]);

– сприяння трансформації вільних коштів населення в інвестиції (емісія облігацій вирішує проблему трансформації заощаджень населення в інвестиції, що має забезпечити членам територіальної громади, крім соціального, ще й економічний ефект у вигляді відсотків за користування кредитними ресурсами);

– залучення значних обсягів фінансування на середньо- та довгострокові терміни використання;

– набуття публічної кредитної історії регіону;

– зняття соціального напруження в регіоні з відновленням ефективно функціонуючого ринку праці [6, с. 41].

Як зазначають дослідники, облігації місцевої позики «забезпечують вигоду всім учасникам: емітенти одержують грошові кошти для втілення своїх програм і проектів; інвестори одержують у власність цінні папери, які дають стабільний доход; населення регіону матиме важливі для нього об'єкти у сферах виробництва, торгівлі й обслуговування» [7].

Характерними особливостями укладення договорів позики (кредитних договорів) з метою фінансування місцевих бюджетів є:

– на відміну від облігаційної позики, банківський кредит можна брати і погашати за графіком, залежно від потреб у фінансуванні об'єктів адресної інвестиційної програми та надходження доходів до бюджету;

– вартість залучення коштів у вигляді банківського кредиту вище, ніж вартість залучення коштів за допомогою облігаційних запозичень. Науковці це пов'язують з різними факторами, серед яких: низька конкуренція між інвесторами. При залученні кредиту конкурують максимум 3-5 банків, а при розміщенні облігаційних запозичень – кілька десятків інвесторів з будь-якого регіону України. У результаті більш суворої конкуренції в другому випадку вартість залучення коштів зменшується. Вартість залучених коштів визначається шляхом переговорів з урахуванням як можливостей міста, так і кредитної політики банків;

– процедура отримання кредиту є менш клопіткою, ніж емісія облігацій, не вимагає залучення посередників, і передбачає швидше отримання коштів.

Процесу здійснення запозичень передує формування певної політики щодо фінансових можливостей місцевого бюджету. Загальне оцінювання фінансового стану органу місцевого самоврядування є одним із найважливіших чинників управління бюджетними ресурсами. При оцінюванні фінансового стану здійснюється аналіз бюджетних зобов'язань, що є особливо необхідним із точки зору виявлення можливостей бюджету розвитку та реалізації місцевих інвестиційних проектів. Незначні фінансові можливості бюджетів органів місцевого самоврядування роблять неможливим фінансування цих потреб з поточних надходжень у необхідному розмірі. У цьому випадку реальні можливості фінансування таких проектів полягають у здійсненні муніципальних запозичень [8].

Порівнюючи два підходи до фінансування – з поточних витрат чи з використанням запозичень, О. П. Крайник зазначає, що перший варіант потребує занадто багато часу на завершення проектів і загалом може обійтись значно дорожче. Так само і використання другого підходу супроводжується значними проблемами. До них можна віднести:

1) високу вартість кредитного капіталу в банківський системі;

2) недосконалість системи фінансової оцінки платоспроможності органу місцевого самоврядування;

3) відсутність системи рейтингу облігацій, яка б давала незалежну оцінку ризику за облігаціями [8].

При цьому, як свідчить світовий досвід, фінансування інвестиційних проектів за рахунок запозичених коштів має забезпечити:

– залучення в економіку регіонів коштів іноземних інвесторів;

– трансформацію заощаджень населення в інвестиції;

– стимулювання становлення в регіоні сучасного фондового ринку та його інтеграцію у державний та міжнародні ринки капіталів;

– створення додаткових робочих місць та зняття соціального напруження з відновленням ефективно функціонуючого ринку праці тощо.

До того ж, доцільно зауважити, що проекти, профінансовані за рахунок запозичених коштів, можуть давати дохід від продажу товарів і надання послуг, який дасть змогу погасити борг і покрити операційні витрати.

Тому оптимальним варіантом для територіальної громади є підтримання відносно постійної пропорції поточного фінансування та фінансування за рахунок запозичень інвестиційних програм на місцевому рівні.

Фінансування за рахунок запозичень високорентабельних бізнес-проектів доцільно поєднувати із соціальними проектами, що є малоприбутковими і взагалі розраховані на соціальний або екологічний ефект. Йдеться про те, що такі проекти мають включатися в реалізацію поряд з високодохідними проектами у розрахунку отримання загального достатнього прибутку. В підсумку і запозичені кошти своєчасно повертаються і обслуговування боргу не виходить за встановлені межі.

Здійснення запозичень має стати інструментом фінансування критичних суспільних потреб, таких як розвиток систем електро– і водопостачання, каналізації, транспортних мереж, будівництво житла, об'єктів освіти, охорони здоров'я тощо [9, с. 154-155]. Науковець І. І. Мазур зазначає, що проекти, які реалізуються за рахунок залучення у такий спосіб коштів, позитивно впливають на місцеві громади, створюючи нові робочі місця, розвиваючи інфраструктуру, без якої неможливий розвиток конкурентного підприємницького середовища та підвищення соціальних стандартів [10, с. 24-25].

Беручи за основу дослідження І. Б. Заверухи [11, с. 218], можна дійти висновку, що державне регулювання місцевих запозичень найбільш логічно здійснювати у таких формах:

1) правове регулювання порядку здійснення місцевих запозичень, реалізації проектів та погашення боргових зобов'язань;

2) нормативне закріплення граничної межі розміру місцевого боргу та визначення шляхів оптимізації погашення зобов'язань;

3) контроль за використанням коштів, залучених шляхом місцевих запозичень;

4) розробка механізмів забезпечення виконання зобов'язань за місцевими запозиченнями з метою захисту інтересів держави, кредиторів і територіальної громади.

У результаті реалізації цих заходів може бути створена належна соціально-економічна основа й нормативна база, які сприятимуть місцевому самоврядуванню у залученні додаткових фінансових ресурсів і нададуть змогу ефективно їх використовувати.

Низька інвестиційна привабливість регіонів України, небажання вкладати кошти в її економіку, крім суто економічних причин, зумовлена здебільшого незацікавленістю чи байдужістю місцевої влади до проблеми залучення інвестиційних ресурсів, тому певні регіони стають утриманцями держави і не мають економічних стимулів розвивати свій господарський комплекс.

Успішність інвестиційних проектів багато в чому залежить від відкритості органів державної влади та місцевого самоврядування до співпраці з територіальною громадою міст. Звичайно, головна роль у процесі підвищення інвестиційної привабливості регіонів України повинна належати державі, яка має для цього необхідні ресурси й може визначити перспективні напрями та об'єкти інвестування. Разом з тим, органам місцевого самоврядування необхідно розробляти основні положення інвестиційної політики на регіональному рівні щодо залучення коштів під перспективні інвестиційні проекти, координувати інвестиційні проекти, контролювати раціональне використання отриманих грошових ресурсів.

Для активізації інвестиційної діяльності в регіонах потрібна ефективна інвестиційна політика з чіткими механізмами її реалізації як на державному, так і на регіональному рівнях.

Отже, для здійснення місцевих запозичень необхідно виконання таких умов:

1) наявність та якість середньострокового фінансового плану. Для того щоб розробити графік погашення середньо– і довгострокових запозичень, необхідно спрогнозувати доходи та видатки місцевого бюджету на середньостроковий період. Якісне виконання цього прогнозу можливе лише при наявності перспективного фінансового плану;

2) наявність та якість адресної інвестиційної програми. Відсутність переліку проектів для фінансування означає, що або цілі використання запозичених коштів не визначені, або за рахунок запозичених коштів будуть фінансуватися поточні витрати. І перший, і другий варіант є неприйнятними;

3) дотримання обмежень, встановлених у БК України, а саме:

– загальний обсяг місцевого боргу та гарантованого Автономною Республікою Крим чи територіальною громадою міста боргу (без урахування гарантійних зобов'язань, що виникають за кредитами (позиками) від міжнародних фінансових організацій) станом на кінець бюджетного періоду не може перевищувати 200% (для міста Києва – 400%) середньорічного індикативного прогнозного обсягу надходжень бюджету розвитку (без урахування обсягу місцевих запозичень та капітальних трансфертів (субвенцій) з інших бюджетів), визначеного прогнозом відповідного місцевого бюджету на наступні за плановим два бюджетні періоди (п. 3 ст. 18 БК України);

– видатки місцевого бюджету на обслуговування місцевого боргу не можуть перевищувати 10% видатків загального фонду місцевого бюджету протягом будь-якого бюджетного періоду, коли планується обслуговування місцевого боргу (п. 6 ст. 74 БК України);

– обсяг та умови здійснення місцевих запозичень погоджуються з Міністерством фінансів України (п. 2 ст. 74 БК України) [2].

Місцеві запозичення є альтернативним інструментом залучення додаткових фінансових ресурсів для реалізації конкретних інвестиційних проектів. Проте недосконалість та іноді суперечливість правового регулювання сприяє заниженню в Україні ролі місцевих запозичень. Тому основоположними критеріями при вдосконаленні законодавства України у сфері місцевих запозичень мають бути: стимулювання державою розвитку ринку місцевих запозичень з метою підвищення інвестиційної компетенції органів місцевого самоврядування; забезпечення захисту інтересів держави, кредиторів та територіальної громади при залученні кредитів (позик), їх використанні й погашенні боргових зобов'язань; забезпечення відкритості та прозорості процесу здійснення запозичень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

2. Бюджетний кодекс України : Закон України від 08 липня 2010 року № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50–51. – Ст. 572.

3. Пастернак М. М. Місцеві позики як інструмент фінансування соціально-економічних програм органів місцевого самоврядування : Дис… канд. екон. наук за спец. : 08.04.01 / М. М. Пастернак. – Ірпінь, 2001. – 220 с.

4. Про затвердження Порядку здійснення місцевих запозичень : Постанова Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 року № 110 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 12. – Ст. 512.

5. Ходаківська В. П. Ринок фінансових послуг : навчальний посібник / В. П. Ходаківська, О. Д. Данілов. – Ірпінь : Академія ДПС України, 2001. – 501 с.

6. Муніципальні запозичення в Україні : матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми фінансування розвитку великих міст за рахунок муніципальних запозичень та шляхи їх розв'язання» (м. Київ, 29 вересня 2004 року) / [редкол. : В. І. Кравченко, В. М. Падалка, Д.М. Гриджук та ін.]. – К. : Міжнародний інститут фінансів, 2005. – 192 с.

7. Розпутенко І. І. Розвиток позик органів місцевого самоврядування в перехідний період : автореф. дис… на здобуття наук. ступеня канд. наук з державного управління за спец. : 25.00.04 «місцеве самоврядування» / І. І. Розпутенко. – К., 2003. – 20 с.

8. Крайник О. Формування стратегії запозичень органами місцевого самоврядування / О. Крайник // Демократичне врядування : науковий вісник. – 2011. – № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lvivacademy.com/visnik6/fail/+Krajnyk.pdf.

9. Нестеренко А. С. Правові засади формування та використання місцевих фінансових ресурсів в Україні : монографія / А. С. Нестеренко. – Одеса : Юридична література, 2006. – 208 с.

10. Мазур І. І. Особливості становлення ринку муніципальних паперів в Україні / І. І. Мазур // Стратегічні пріоритети. – 2010. – № 1. – С. 23–28.

11. Заверуха І. Б. Проблеми правового регулювання державного боргу України : Дис... д-ра юрид. наук за спец. : 12.00.07 / І. Б. Заверуха. – Л., 2007. – 441 с.

УДК 347.73.

ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ В АУДИТОРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

PECULIARITIES OF FINANCIAL MONITORING IN AUDITING

Цой В.К.,
студентка
Інститут права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом

У статті розглянуто підходи до визначення сутності фінансового моніторингу як превентивного заходу із попередження та протидії відмивання «брудних» коштів. Розкрито особливості здійснення процедури фінансового моніторингу такими спеціально визначеними суб'єктами, як аудитори, аудиторські фірми у контексті діючого законодавства.

Ключові слова: фінансовий моніторинг, фінансове правове поле, легалізація коштів, суб'єкт первинного фінансового моніторингу, аудит, аудиторська діяльність, індикатори ризику.

В статье рассмотрены подходы к определению сущности финансового мониторинга как превентивной меры по предупреждению и противодействию отмывания «грязных» денег. Раскрыты особенности осуществления процедуры финансового мониторинга такими специально определенными субъектами, как аудиторы, аудиторские фирмы в контексте действующего законодательства.

Ключевые слова: финансовый мониторинг, финансовое правовое поле, легализация денег, субъект первичного финансового мониторинга, аудит, аудиторская деятельность, индикаторы риска.

The article deals with approaches to defining the essence of financial monitoring as a preventive measure to prevent and counteract money laundering of «dirty» money. It outlines established by law and based on FATF recommendations corresponding identified suspicious transactions: 1) to identify transactions obligatory for financial monitoring; 2) for transactions being obligatory for internal financial monitoring.

The peculiarities of financial monitoring procedure implementation by such entities specially designated as auditors and audit firms in the context of current legislation are considered. The attention is focused on the fact that duties in the audit sector (entity of initial financial monitoring) provided by auditors, audit firms, entities providing accounting services to clients in accordance with FATF Recommendations in the following areas: in the implementation of purchase and sale of real estate needed to manage assets; if necessary in managing a bank account or securities account; if necessary to raise funds for the formation of a new legal entity and to ensure it with cash; in the case when you create a new legal entity and support of its audit procedures or management; the implementation of sale of legal entities (corporate rights).

The article highlights a number of factors that contribute to the laundering of «dirty» money in our country: the imperfection of mechanisms of control and monitoring of financial institutions; failure of international standards of financial regulation developed by specialized international organizations; corruption among state executive, judicial and even law enforcement authorities; inability or limited to the exchange of financial information with foreign law enforcement authorities in terms of financial monitoring of such specially designated entities as auditors, audit firms are not fully developed meaningful, logical regulatory coordination concerning risk assessment. Recommendations on optimizing and improving of the financial monitoring subjects such as auditors, audit firms are given.

Key words: «dirty» money, financial monitoring, financial legal framework, legalization of funds, initial financial monitoring entities, audit, auditing, risk indicators.

За останні 15-20 років проблема відмивання незаконних доходів стала однією з основних міжнародних проблем, до вирішення якої залучені провідні країни світу. За оцінками різних міжнародних експертів, в останні роки доходи від різного роду злочинів складають від 5 до 7% світового валового продукту.

На сьогоднішній день майже всі країни світу на державному рівні максимально вживають заходів щодо попередження та боротьби з відмивання нелегальних доходів, набутих злочинним шляхом. І важливу роль при цьому відведено контролюючим органам. Основи міжнародної співпраці закладені на поєднанні використання різних методів та засобів із врахуванням специфіки відповідного законодавства. Мова йде про Рекомендації FATF 23 (2012 р.) [6].

Адже кожна держава, відповідно до свого правового поля, розробляє та впроваджує власні заходи боротьби із легалізацією злочинних коштів. Україна не стала винятком, і в процесі адаптації нормативно-правового забезпечення фінансової діяльності до світових стандартів було створено орган Державного фінансового моніторингу

(далі – Держфінмоніторинг). Разом із тим питання особливостей здійснення фінансового моніторингу суб'єктами аудиторської діяльності, зокрема методи побудови системи оцінки ризиків відмивання коштів та фінансування тероризму у контексті заходів фінансового моніторингу залишаються мало дослідженими.

Питання нормативно-правового характеру щодо здійснення фінансового моніторингу стали предметом дослідження у працях таких науковців, як О. І. Барановський, С. А. Буткевич, І. М. Гаєвський, Л. К. Воронова, Л. А. Савченко, О. П. Орлюк, О. М. Горбунова, А. О. Клименко, В. М. Берізко, М. П. Кучерявенко та ін. Невирішеними є спірні питання щодо ролі аудиторів як суб'єктів первинного фінансового моніторингу, особливо в контексті оновленого Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення» від 14 жовтня 2014 року № 1702-VII [1].

Мета статті полягає в узагальненні теоретичних аспектів щодо сутності фінансового моніторингу та особливостей його здійснення суб'єктами первинного фінансового моніторингу – аудиторами, аудиторськими фірмами.

Ринкові перетворення детермінували зміни у різних галузях права, у тому числі і фінансовому праві. У зв'язку із цим відбувається модифікація галузі фінансового права, з'являються нові інститути, спостерігається запозичення правового інструментарію із інших суміжних галузей, таких як: фінанси, фінансовий менеджмент, державне управління, а також аудиту як сфери консультаційних послуг й т. ін.

Вперше поняття «фінансовий моніторинг» як правову категорію розглядали у своїх працях О. М. Горбунова та М. І. Хімічева, зосереджуючи увагу на аспекті роботи відповідних органів та заходах щодо протидії легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом [8, с. 146]. У свою чергу, фахівець із фінансів та фінансового права, Л. А. Савченко, зазначає, що фінансовий моніторинг – різновид державного фінансового контролю зі своєю специфікою щодо його проведення. Даний вид контролю здійснюють уповноважені на це органи держави, в обов'язки яких входить відстеження фінансових потоків та недопущення легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом [7, с. 136]. Відповідно до діючого законодавства, під державним фінансовим моніторингом необхідно розуміти комплексні заходи, які реалізовуються суб'єктами державного фінансового моніторингу та мають на меті виконання вимог законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму [1].

Підтримуючи думки фахівців, вважаємо, що відносини, які виникають у сфері фінансового моніторингу, належать до категорії фінансово-правового поля з наступних причин.

По-перше, під визначення фінансового моніторингу потрапляють суспільні відносини, одним із суб'єктів яких є уповноважений орган держави або інший суб'єкт, який виконує державні функції, наділений в силу закону повноваженнями давати вказівки іншому суб'єкту.

На даний момент такими уповноваженими органами держави в сфері фінансового моніторингу є Держфінмоніторинг і наглядові органи. До уповноважених організацій, які виконують делеговані публічні функції, слід віднести суб'єктів фінансового моніторингу. Іншими словами, мають місце вертикально-владні відносини, які стосуються предмета фінансового права.

На можливість віднесення суспільних відносин в сфері фінансового моніторингу до предмету регулювання фінансового права вказує і той факт, що комплекс заходів, які здійснюються суб'єктами фінансового моніторингу, що є сутністю фінансового моніторингу, регулюється нормами фінансового права.

По-друге, методом правового регулювання суспільних відносин у сфері фінансового моніторингу виступає імперативний метод, який встановлює вертикальні правовідносини між: 1) Держфінмоніторингом і наглядовими органами; 2) Держфінмоніторингом і наглядовими органами, з одного боку, і суб'єктами фінансового моніторингу, з іншого боку, наприклад, при проведенні перевірок дотримання суб'єктами фінансового моніторингу законодавства про протидію легалізації злочинних доходів і фінансуванню тероризму; 3) суб'єктами фінансового моніторингу та їх клієнтами при виконанні функції в сфері фінансового моніторингу, наприклад, при вимозі про надання інформації про проведену операцію або реалізації права на зупинення виконання операції [3].

По-третє, об'єктом фінансового моніторингу, як було сказано раніше, виступають, перш за все, операції з грошовими коштами. Незважаючи на те, що контролю підлягають також операції з іншим майном, слід зазначити, що саме гроші є тим фінансовим інструментом, який легше «відмити». Іншими словами, об'єктом фінансового моніторингу виступають фінансові відносини. У свою чергу, саме фінансові відносини є об'єктом регулювання фінансового права.

По-четверте, фінансовий моніторинг, хоча і опосередковано, але пов'язаний з діяльністю державних органів щодо акумулювання, розподілу та використання централізованих фондів грошових коштів, яка, в свою чергу, є предметом фінансового права.

Рекомендації FATF 23 (2012 р.) [6] зумовили прийняття нового Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення» (далі – Закон) [1], тим самим розширили коло суб'єктів первинного фінансового моніторингу в нашій державі. У зв'язку із цим, до кола суб'єктів первинного фінансового моніторингу входять, окрім банків, страхових компаній, фондових бірж та інших учасників фінансового ринку ще й аудитори, аудиторські фірми, фізичні особи – підприємці, які надають послуги з бухгалтерського обліку.

Відповідно до нового законодавства нові суб'єкти фінансового моніторингу зумовили необхідність розробки та опрацювання на найвищому рівні (державному) ефективних моделей взаємодії аудиторів (суб'єктів) та Міністерства фінансів України (регулюючий орган). Критерії «чистоти» операцій, тобто ознак, при наявності яких фінансова операція потрапляє під підозру в тому, що в ній можуть бути замішані «брудні» гроші, встановлені законом на підставі рекомендацій FATF та поділяються на такі дві групи: 1) ознаки для виявлення операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу; 2) ознаки операцій, що підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу.

Згідно Закону (ст. 8) – виконання обов'язків в аудиторській сфері (суб'єкта первинного фінансового моніторингу) забезпечується аудиторами, аудиторськими фірмами, суб'єктами господарювання, які надають клієнтам бухгалтерські послуги, у тому випадку, якщо вони задіяні у фінансовій операції для задоволення вимог свого клієнта відносно таких напрямків (Рекомендації FATF 22 (2012 р.) [1, 8]:

1) здійснення операції купівлі-продажу нерухомості чи потребі в управлінні активами клієнта;

2) потреба в управлінні банківським рахунком або рахунком у цінних паперах;

3) необхідність залучення коштів для утворення нової юридичної особи та для забезпечення її грошовими коштами;

4) створення нової юридичної особи та супроводженні її процедурою аудиту чи управління;

5) здійснення купівлі-продажу юридичних осіб (корпоративні права).

Передусім зазначимо, що фінансова операція підлягає аналізу на основі наступних критеріїв: економічний сенс і мета фінансової операції; вид активу або форма розрахунку при проведенні фінансової операції, а також сума фінансової операції; відповідність фінансової операції характеру та змісту діяльності учасника операції; місцезнаходження, місце проживання або місце перебування осіб, які проводять операцію, або вигодонабувачів, їх сфера і період діяльності; предмет договору між учасниками операції, а також фінансові інструменти, використовувані під час проведення операції.

Проаналізуємо детальніше кожне із розглянутих вище положень та визначимо особливості здійснення фінансового моніторингу у сфері аудиторської діяльності в цілому.

При здійсненні операції купівлі-продажу нерухомості укладається відповідний договір купівлі-продажу. У ст. 655 ЦК України зазначається, що відповідно до укладеного договору мова йде про передачу майна та отримання грошових коштів. Даний договір купівлі-продажу укладається у письмовій формі і підтверджується обов'язково нотаріально (ст. 657 ЦК України). Якщо аудиторська фірма приймає в цьому участь, то повинна виконувати обов'язки відповідно до законодавства [5, с. 523].

Щодо питання управління банківським рахунком, як і управління активами за дорученням клієнта, то тут необхідно зазначити, що в нашій країні управління банківським рахунком не прописане як один із видів професійної діяльності, не закріплено під конкретну нормативно-правову категорію. Лише за дорученням клієнта зводиться до елементарної процедури «cash management» [4, с. 331]. Саме тому адвокати, адвокатські фірми повинні виконувати свої функції у сфері фінансового моніторингу.

Утворення нової юридичної особи також відбувається із залученням певної суми коштів та нотаріального посвідчення. Відповідно до ст. 115 ЦК України грошові кошти або цінні папери є внеском до статутного фонду, а також і майно [5, с. 529]. У даній ситуації грошова оцінка майна може бути здійснена за допомогою аудитора чи аудиторської фірми. Адже експертна перевірка може бути виконана безумовно за участю аудитора чи аудиторської фірми також за згодою учасників. З іншого боку, аудитори чи аудиторські фірми можуть надавати безпосередньо певні консультації щодо залучення необхідної суми коштів для створення юридичної особи, зокрема із приводу кредитування банківською установою. Звідси може випливти і управління банківським рахунком за дорученням клієнта. Знову ж таки, у даній ситуації повинне бути безумовне виконання закону в аспекті фінансового моніторингу.

Новелою Закону є конкретизація, більш повне уточнення щодо того, що аудит підпадає під забезпечення діяльності юридичних осіб. Аудиторська діяльність у сфері фінансового контролю підпадає під сферу регулювання Закону України «Про аудиторську діяльність», ГК України, інших нормативно-правових актів та стандартів. Під аудитом згідно чинного законодавства необхідно розуміти перевірку даних бухгалтерії, зокрема фінансових звітів суб'єкта господарської діяльності. Мова йде відносно висловлення цілком обґрунтованої незалежної думки щодо достовірності даних [2].

Аудитори, аудиторські фірми як суб'єкти фінансового моніторингу з протидії легалізації незаконних доходів як інструменту державного регулювання фінансових відносин повинні у своїй професійній діяльності керуватися відповідними принципами, а саме: незалежність, системність, об'єктивність, неупередженість, максимальна точність. Беручи до уваги навіть те, що до обов'язків аудиторів (аудиторських фірм) не належить розробка особистих критеріїв оцінки ступеня ризику та методології управління цими ризиками, вважаємо, що вказані суб'єкти все одно повинні ідентифікувати ці ризики, встановити максимально точні критерії підозрілості фінансових операцій та здійснити їх класифікацію, тобто класифікувати своїх клієнтів, враховуючи ці ризики. Відповідальність аудиторів не повинна мати на меті тільки виявлення «брудних» грошей. Мова передусім йде про конфіденційність та забезпечення професійної таємниці.

Якщо говорити про фінансову сторону, зокрема її правову регламентацію, то оплата професійних послуг аудитора залежить від складності, якості, досвіду, відповідальності та кваліфікації аудитора, обсягу послуг. Аудитор не має права отримувати плату за послуги готівкою понад встановлені норми розрахунків. Аудитор зобов'язаний заздалегідь обумовити з клієнтом і письмово закріпити в договорі умови оплати. Сумніви в дотриманні професійної етики викликає ситуація, коли плата одного клієнта складає всю або більшу частину річної виручки аудитора. Саме тому аудитори зобов'язані попередити клієнта про можливі наслідки в разі порушення податкових зобов'язань, надавати рекомендації в сфері оподаткування тільки в письмовій формі, дотримуватися податкового законодавства і уникати його порушення в своїх інтересах або в інтересах інших осіб. Особливо важливо утримуватися від свідомої фальсифікації, сприяючи ухиленню клієнта від виконання податкових зобов'язань. Про виявлені в ході проведення обов'язкового аудиту факти порушення податкового законодавства, помилок в розрахунку і сплати податків аудитор зобов'язаний в письмові формі повідомити відповідні органи.

На нашу думку, до числа основних чинників, що сприяють відмиванню «брудних» грошей в нашій країні, можна віднести:

1) недосконалість механізмів контролю та моніторингу за діяльністю фінансових інститутів;

2) недотримання міжнародних стандартів регулювання фінансової діяльності, розроблених спеціалізованими міжнародними організаціями;

3) поширення корупції серед державних виконавчих, судових і навіть правоохоронних органів влади;

4) неможливість або обмежені можливості обміну фінансовою інформацією з іноземними правоохоронними органами;

5) в аспекті здійснення фінансового моніторингу такими спеціально визначеними суб'єктами, як аудитори, аудиторські фірми не до кінця розроблені змістовні, логічні нормативні ув'язки щодо оцінки ступеня ризику.

Фінансовий моніторинг об'єднує в собі функції декількох підсистем управління: аналізу, обліку, контролю, діагностики та регулювання. Крім цього, фінансовий моніторинг є центральною ланкою системи протидії легалізації незаконних доходів, одержаних злочинним шляхом. Об'єктом фінансового моніторингу виступають, перш за все, операції з грошовими коштами. Фінансовий моніторинг, хоча і опосередковано, але пов'язаний із діяльністю державних органів щодо акумулювання, розподілу та використання централізованих фондів грошових коштів, яка, в свою чергу, є предметом фінансового права.

Одним з основних напрямків реалізації методів фінансового моніторингу такими суб'єктами, як аудитори, аудиторські фірми є підбір контрольних індикаторів. На практиці немає необхідності постійного відстеження всіх можливих фінансових індикаторів, а можна обмежитися тільки ключовими показниками, які визначаються об'єктом моніторингу. З іншого боку, фінансові індикатори повинні відповідати наступним принципам: узгодженість даних; достатність і достовірність; простота і наочність. З позиції галузі фінансового права повинні бути прописані нюанси щодо законодавчо закріплених дозволених прийомів оцінки ризикованості фінансових операцій та відповідальності за умисне здійснення похибки. В залежності від цього і повинна бути встановлена міра відповідальності.

Вважаємо, що суттєво поліпшити сферу організаційно-методологічного забезпечення діяльності суб'єктів первинного фінансового моніторингу (аудиторів, ауди-

торських фірм) можна таким чином: здійснити прив'язку норм законодавства у сфері аудиторської діяльності до норм антикорупційного законодавства; за допомогою вітчизняних та міжнародних спеціалістів-аудиторів розробити методики легалізації «брудних» доходів із більш точним набором індикаторів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1702-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 50-51. – Ст. 2057.

2. Про аудиторську діяльність : Закон України від 22 квітня 1993 року № 3125-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 23. – Ст. 243.

3. Про затвердження Положення про Державну службу фінансового моніторингу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 червня 2015 року № 537 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.golovbukh.ua/regulations/8451/470355/

4. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» / Губенко А. Г., Лошицький М. В., Бичкова С. С., Котляревський Я. В. – К. : Ваіте, 2015. – 816 с.

5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України в 2 томах / Дзера О. В., Кузнєцова Н. С., Луць В. В. – 2013. – 729 с.

6. Рекомендації FATF 22 (2012 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.sdfm.gov.ua/content/file/site_docs/2012/22.03.2012/1.pdf

7. Савченко Л. А. Правові основи фінансового контролю : навч. посіб. / Л. А. Савченко. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с.

8. Финансовое право : учебник / [отв. ред. Н. И. Химичева]. – 3-е изд., перераб. и доп. − М. : Юристъ, 2002. − 733 с.

УДК 342.951

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

ADMINISTRATIVE LEGAL STATUS OF THE CENTRAL ANTI-CORRUPTION BUREAU REPUBLIC OF POLAND

Якубовський Р.В.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри міжнародного права та європейської інтеграції
юридичного факультету
Тернопільський національний економічний університет

У статті здійснено аналіз завдань, повноважень та організації Центрального антикорупційного бюро. Встановлено, що працівники Бюро в процесі реалізації визначених завдань проводять оперативно-розшукові, слідчі, аналітично-інформаційні та контрольні заходи, а також здійснюють превентивну діяльність по запобіганні корупції.

Ключові слова: корупція, Центральне антикорупційне бюро, оперативно-розшукові заходи, слідчі заходи, аналітично-інформаційні заходи, контрольні заходи, превентивна діяльність.

В статье проведен анализ задач, полномочий и организации Центрального антикоррупционного бюро. Установлено, что работники Бюро в процессе реализации определенных задач проводят оперативно-розыскные, следственные, аналитическо-информационные и контрольные мероприятия, а также осуществляют превентивную деятельность по предотвращению коррупции.

Ключевые слова: коррупция, Центральное антикоррупционное бюро, оперативно-розыскные мероприятия, следственные мероприятия, аналитическо-информационные мероприятия, контрольные мероприятия, превентивная деятельность.

The article analyzes the tasks, authority and organizing of the Central Anti-Corruption Bureau. Central Anti-Corruption Bureau in Poland emerged as the central anti-corruption agency, which deals with combating corruption. Bureau is a special service for fighting corruption in public and economic spheres, particularly in state and local-level institutions, as well as to combat activities that harm the economic interests of the state.

Central Anti-Corruption Bureau is headed by the chairman. Chairman manages the office in person or through his deputies. Chairman of the bureau may be dismissed only in cases specified by law. These include: voluntary resignation, failure of conditions governing the appointment of the chairman or his health. Chairman of the Central Anti-Corruption Bureau and his deputies do not have the immunity that would protect them from criminal or civil liability, regardless of the performance of professional duties or due to other circumstances. At the same time, all employees are protected by law in cases requiring the use of specific operational measures such as test purchases, under the same conditions as the police officers and other services.

Established that the Central Anti-Corruption Bureau was created as a special service and this in turn points to the fact that this institution must be closed.

Bureau cooperates with many international organizations and law enforcement agencies of other countries. It is noted that the purpose of cooperation bureau is to exchange best practices and knowledge on corruption, solutions and tools that operate abroad, as well as current exchange of information related to the operational-search activities conducted services in other countries.

Found that office workers in the implementation of certain tasks carried out operative search, investigative, analytical and information measures, control measures and carry out preventive activities to prevent corruption.

Key words: corruption, Central Anti-Corruption Bureau, operative search measures, investigative measures, analytical and information measures, control measures, preventive activities.

На сьогодні надзвичайно актуальними в Україні залишаються проблеми корупції та шляхи її подолання, зокрема з урахуванням багаторічного міжнародного досвіду боротьби з корупційними проявами. Позитивним для України у запобіганні корупції є досвід Республіки Польща, яка є державою-сусідом і згідно дослідження Transparency International щодо Індексу сприйняття корупції у 2015 році займала 30 місце з-поміж 168 країн, а Україна – відповідно 130 місце. При цьому, до порівняння, у 2014 році Україна була на 142 місці з 175 країн. Покращити даний індекс для України вдалося зокрема за рахунок створення у 2015 році Національного антикорупційного бюро України.

Повноваження Національного антикорупційного бюро України у значній мірі є подібними до Центрального антикорупційного бюро Республіки Польща (далі – ЦАБ), що має десятирічний досвід у боротьбі з корупцією. Тому доцільно детальніше розкрити основні завдання та організацію діяльності ЦАБ.

Окремі питання функціонування антикорупційних органів України та зарубіжних країн розглянуто в працях таких вітчизняних дослідників як: В. Ю. Бобринський, М. В. Грищенко, Р. В. Гречанюк, О. З. Жовнір, Д. І. Йосифович, О. Г. Кальман, В. П. Кіселичник, Б. В. Романюк та ін.

Метою статті є проведення аналізу завдань, повноважень та організації ЦАБ у законодавстві Республіки Польща, а також розкриття деяких показників діяльності даної установи.

Закон Республіки Польща від 09 червня 2006 року «Про Центральне антикорупційне бюро» [1] визначає ЦАБ як спеціальну службу для боротьби з корупцією в публічній та економічній сферах, зокрема в державних і самоврядних установах, а також для боротьби з діяльністю, що завдає шкоди економічним інтересам держави.

ЦАБ виникло в Польщі як центральний антикорупційний орган, який займається протидією корупції.

ЦАБ розпочало свою діяльність в атмосфері протиріч. З початку сумніви викликали підстави його роботи. Бюро являє собою спеціальну службу з широкими компетенціями і можливостями втручатися в особисте життя громадян в межах встановлених законом повноважень. Виникали питання, чи буде це насправді орган по боротьбі з корупцією, створений відповідно до міжнародних стандартів, чи швидше діятиме як спеціальний інструмент політичної боротьби [2, с. 187].

Основним завданням ЦАБ є боротьба з корупцією на межі між державним і приватним сектором [3, с. 19]. ЦАБ є єдиною спеціальною службою в Польщі, яка наділена повноваженнями контролю майнових декларацій і економічних рішень. Наступним елементом, що відрізняє Бюро з-поміж інших органів, є функціонування інституту уповноваженого за контролем обробки персональних даних ЦАБ. Це також єдина спеціальна служба в Польщі, в якій діють засади обрання керівника на визначений термін. ЦАБ веде оперативно-розшукову, контрольну, аналітично-інформаційну і слідчу діяльність. Крім того, завдяки змінам до кримінально-процесуального законодавства від 01 липня 2015 року Бюро має можливість проведення власних розслідувань. Дана інституція здійснює також діяльність за дорученням суду або прокурора [4, с. 226].

До завдань ЦАБ відносять:

1) розпізнання, запобігання і виявлення злочинів:

а) проти діяльності державних установ і органів місцевого самоврядування;

б) проти здійснення правосуддя, проведення виборів і референдумів, державної політики, достовірності документів, майна, господарських операцій, обігу грошей і цінних паперів, якщо вони пов'язані з корупцією або діяльністю проти економічних інтересів держави;

в) фінансування політичних партій, якщо вони мають зв'язок з корупцією;

г) податкових зобов'язань та розрахунків за дотації і субвенції, якщо вони пов'язані з корупцією або господарською діяльністю проти економічних інтересів держави;

д) принципів конкуренції;

е) торгівлі ліками, продуктами харчування спеціального призначення, медичних виробів;

2) виявлення і протидія випадкам порушення положень Закону Республіки Польща від 21 серпня 1997 року «Про обмеження здійснення господарської діяльності особами, які виконують державні функції»;

3) документування підстав і ініціювання виконання Закону Республіки Польща від 21 червня 1990 року «Про повернення прибутку, отриманого незаконно за рахунок Державного казначейства та інших державних юридичних осіб»;

4) розкриття випадків недотримання певних положень закону щодо процедур і реалізації рішень, що стосуються: приватизації і комерціалізації, фінансової підтримки, державних закупівель, розпорядження майном фізичних або юридичних осіб, дозволів, різноманітних стимулів, пільг, квот і кредитних гарантій;

5) контроль правильності і точності майнових декларацій або заяв про ведення господарської діяльності осіб, які обіймають державні посади, поданих відповідно до окремих положень;

6) проведення аналітичної діяльності в сфері компетенції ЦАБ та подання інформації у зв'язку з цим Прем'єр-міністру, Президенту Польської Республіки, Сейму та Сенату;

7) здійснення інших дій, визначених в окремих законах і міжнародних договорах.

Голова ЦАБ для реалізації завдань, що покладаються на Бюро може співпрацювати з компетентними органами і службами інших країн та міжнародних організацій. Ухвалення рішення щодо такого співробітництва може мати місце після отримання згоди прем'єр-міністра.

ЦАБ співпрацює з багатьма міжнародними організаціями та правоохоронними органами інших країн. Метою співпраці є обмін передовим досвідом, знаннями про корупцію, рішеннями та інструментами, які діють за кордоном, а також поточний обмін інформацією, котра пов'язана з оперативно-розшуковою діяльністю, що проводиться службами інших країн. Так, у травні 2016 року між Національним антикорупційним бюро України і ЦАБ підписано Меморандум про співпрацю.

ЦАБ створено як спеціальну службу і це, в свою чергу, вказує на те, що ця інституція закритого типу.

Основними завданнями ЦАБ є виявлення, запобігання та викриття корупційних злочинів, які передбачені законом. Крім того, ЦАБ виконує свої основні функції, використовуючи широкий інструментарій, що складається (на додаток до типово поліційних інструментів) з: прослуховування, всіх видів заходів, пов'язаних зі спостереженням (наприклад, через доступ до приватних рахунків, контроль кореспонденції, змісту посилок, Інтернет-рахунків і т.д.), контрольного придбання, підробки документів з метою проведення операцій або навіть збір конфіденційних даних (наприклад, щодо особистого життя підозрюваних). Таким чином, ЦАБ може використовувати всі інструменти, які доступні для співробітників поліції та інших спеціальних служб, зокрема такі як військова контррозвідка або Агентство внутрішньої безпеки [2, с. 193].

Так, у 2015 році відсоток слідчих дій, проведених ЦАБ і завершених обвинувальним вироком, залишився на рівні 2014 року і склав більше 49%. У результаті контрольних заходів виявлено завдяної шкоди майну Державного казначейства або замаху на виникнення такої шкоди не менше, ніж на 139 мільйонів злотих [5, с. 3].

Крім того, ЦАБ бере участь у підготовці нормативних актів, які стосуються протидії корупції, проводить консультації, надає висновки, проте не має права законодавчої ініціативи і його роль в законодавчому процесі обмежена.

Роль ЦАБ обмежена у сфері координатора реалізації антикорупційної політики.

Важливою частиною функціонування ЦАБ є також діяльність превентивного і профілактичного характеру.

У цілому профілактичні заходи, включаючи аналіз даних про корупцію та обмін ними із суспільством, не є основним завданням ЦАБ. Бюро не має великої команди своїх власних аналітиків і дослідників [2, с. 204-205]. У 2015 році видано ряд інформаційних та освітніх публікацій. Працівники також провели 169 навчальних курсів для посадових осіб, під час яких підвищено кваліфікацію понад 8 тис. осіб зі 124 установ [5, с. 3].

Організація діяльності ЦАБ регламентована Законом Республіки Польща від 09 червня 2006 року «Про Центральне антикорупційне бюро».

ЦАБ очолює голова. Діяльність голови ЦАБ контролюється Сеймом.

Голова ЦАБ призначається строком на чотири роки і звільняється з посади Прем'єр-міністром після консультацій з Президентом Польської Республіки, Колегією у справах спеціальних служб і Парламентським комітетом у справах спеціальних служб. Прем'єр-міністр з подання голови ЦАБ призначає і звільняє з посади заступників голови ЦАБ після консультацій з Парламентським комітетом у справах спеціальних служб.

Голова ЦАБ керує роботою Бюро особисто або через своїх заступників.

Головою ЦАБ або його заступником може бути особа, яка:

1) має польське громадянство;

2) користується всіма громадянськими правами;

3) має бездоганні моральні, громадянські і патріотичні якості;

4) не була засуджена за умисний або казначейський злочин;

5) відповідає вимогам положення про захист секретної інформації у сфері доступу до секретної інформації з грифом «цілком таємно»;

6) має вищу освіту;

7) не виконувала професійних обов'язків, не працювала і не була співробітником органів державної безпеки чи не була суддею.

Голова ЦАБ та його заступники не наділені імунітетом, що захищав би їх від кримінальної або цивільної відповідальності, незалежно від виконання професійних обов'язків чи в результаті інших обставин. У той же час, усі працівники захищені законом у випадках, що вимагають застосування конкретних оперативних заходів, таких як контрольні закупки на тих же умовах, що і працівники поліції та інших служб.

Голова Бюро може бути звільнений тільки у випадках, визначених у законі. До них відносяться: добровільна відставка, невиконання умов, що регламентують призначення голови або стан його здоров'я.

ЦАБ є найменшою і наймолодшою спеціальною службою Польщі. У Бюро працює 879 посадових осіб та співробітників, які є професіоналами високого класу в сферах, пов'язаних з діяльністю служби. Вони є фахівцями у сфері оперативної роботи, розслідування, виявлення, аналізу, контрольних заходів, безпеки телекомунікаційних мереж, захисту секретної інформації та персональних даних, юридичних послуг, логістики і фінансів, аудиту та внутрішньої безпеки, міжнародного співробітництва та безпеки, а також навчання персоналу. Більше однієї третини працівників, котрі працюють в ЦАБ, становлять жінки. Серед 764 працівників є 232 особи жіночої статі, а серед 115 цивільних службовців таких осіб – 88 [6, с. 13].

Таким чином, ЦАБ діє як центральний орган, що займається протидією корупції в Польщі. Працівники ЦАБ в процесі реалізації визначених завдань проводять оперативно-розшукові, слідчі, аналітично-інформаційні та контрольні заходи. ЦАБ також здійснює превентивну діяльність.

ЛІТЕРАТУРА

1. O Centralnym Biurze Antykorupcyjnym : Ustawa z dnia 09 czerwca 2006. – 2006. – № 104. – P. 708.

2. Mechanizmy przeciwdziałania korupcji w Polsce : raport z monitoringu / pod red. A. Kobylińskiej, Grz. Makowskiego, M. Solona-Lipińskiego. – Warszawa : Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2012. – 279 s.

3. Zinstytucjonalizowana działalność antykorupcyjna na świecie / Centralne Biuro Antykorupcyjne. – Warszawa ; Legionowo : Wydawnictwo Centrum Szkolenia Policji, 2011. – 246 s.

4. Przegląd Antykorupcyjny. Czasopismo Centralnego Biura Antykorupcyjnego. – Warszawa, 2016. – № 1 (6). – 237 s.

5. Informacja o wynikach działalności Centralnego Biura Antykorupcyjnego w 2015 roku. – Warszawa, 2016. – 18 s.

6. Informator CBA. – Warszawa : Centralne Biuro Antykorupcyjne, 2015. – 16 s.

РОЗДІЛ 6
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.143.4

ІНСТИТУТ ІМУНІТЕТУ СВІДКА В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

INSTITUTE IMMUNITY WITNESSES IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Веселов М.Ю.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національний університет «Одеська юридична академія»

Заремба Т.С.,
студент
Криворізького факультету
Національний університет «Одеська юридична академія»

Олешицька В.Е.,
студент
Криворізького факультету
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена розгляду одного з інститутів кримінально-процесуального права – «імунітету свідка». В Україні імунітет свідка у кримінальному провадженні встановлюється Конституцією України та низкою норм Кримінального процесуального кодексу України. У статті проаналізовано наявні у теорії кримінально-процесуального права думки фахівців щодо змісту та видів імунітету свідків. На підставі критичного аналізу наявних варіантів класифікації сформовано авторські пропозиції з цього питання. Запропонований у статті варіант класифікації будується на підставі досягнень сучасної правової думки та вимог чинного українського кримінально-процесуального законодавства.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальне провадження, свідок, імунітет свідка, право на захист.

Статья посвящена рассмотрению одного из институтов уголовно-процессуального права – «свидетельскому иммунитету». В Украине иммунитет свидетеля в уголовном производстве устанавливается Конституцией Украины и рядом норм Уголовного процессуального кодекса Украины. В статье проанализированы имеющиеся в теории уголовно-процессуального права мнения специалистов по содержанию и видам свидетельского иммунитета. На основании критического анализа имеющихся вариантов классификации сформулированы авторские предложения по этому вопросу. Предложенный в статье вариант классификации строится на основе достижений современной правовой мысли и требований действующего украинского уголовно-процессуального законодательства.

Ключевые слова: уголовный процесс, уголовное производство, свидетель, иммунитет свидетеля, право на защиту.

The scientific article is devoted to one of the institutions of the criminal procedure law – «witness immunity». Despite the fact that some manifestations given legal institution known lawyer from the time of ancient Rome, the study of certain aspects of witness immunity remain relevant and up to date. General principles of witness immunity institution enshrined in international legal level. However, the context of the actual application of these legal categories established by the legislation at the national level. In Ukraine, a witness immunity in criminal proceedings established by the Constitution of Ukraine and a number of norms of the Criminal Procedure Code. The debate among lawyers about the appropriateness and content (volume) witness immunity in criminal proceedings take place because the said institution is on the verge of two opposite categories, which are: on the one hand the duty of a witness to testify about the circumstances known to him about criminal offenses (goal – finding the objective truth) on the other – the right not to incriminate himself and relatives (goal – the right to protection of moral and ethical aspect). In the scientific article the existing theory of criminal procedural law expert opinion on the content and type of immunity of witnesses. Based on a critical analysis of available options offers copyright classification formed from this aspect. Offered in a scientific article variant classification is based on the achievements of modern legal thought and the requirements of the current Ukrainian criminal procedural law.

Key words: criminal procedure, criminal proceedings, witness immunity of witnesses, right to protection.

Відповідно до вимог українського кримінально-процесуального законодавства (статті 65–67 КПК України) свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань. Звідси є логічними такі вимоги, як обов'язок свідка прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду та давати правдиві показання під час досудового розслідування та судового розгляду. Закон закріплює певні правові гарантії належного виконання вказаних обов'язків свідками – за завідомо неправдиві показання слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду або за відмову від давання показань слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду, крім випадків, передбачених КПК України, свідок несе кримінальну відповідальність. Наскільки наведені положення законодавства узгоджуються зі змістом ст. 63 Конституції України у першій частині якої зазначено, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом? Відповіддю на це питання є такий інститут права як імунітет свідка.

Російський вчений, В. Г. Ахтирський, зазначає, що норми, які регламентують імунітет свідка застосовуються у адміністративному, цивільному, арбітражному та інших судочинствах. Але в кримінальному процесі це питання є спірним. Зокрема вказаний фахівець підкреслює, що згід-

но з правозастосовною практикою приховування особою, яка допитується як свідок, інформації про вчинення ним неправомірних дій, отримання якої органом досудового слідства може потягнути кримінальне переслідування вже самого свідка, не є злочином. Однак, не уточнюється, які саме відомості проти себе свідок не зобов'язаний повідомляти слідству та суду [1]. З цього приводу подібним, але трохи у іншому аспекті питанням ставить вже вітчизняний правознавець С. Г. Волкотруб: «…необхідно однозначно визначити: свідок має право відмовитись давати показання взагалі «щодо осіб», чи лише ті показання, «які викривали б» у вчиненні злочину [2, с. 248]». Від себе зазначимо, що на цьому перелік питань (як теоретичного, так і правозастосовного характеру) з приводу інституту імунітету свідка не вичерпується.

Метою статті є загальне та теоретичне вивчення правового імунітету як окремого інституту комплексного характеру у кримінальному процесі.

Актуальні питання, пов'язані з імунітетом свідка стали предметом наукових досліджень Г. Ф. Горського, Л. М. Карнеєвої, Л. Д. Кокорєва, М. С. Строговича – вони довели доцільність створення такого інституту в кримінально-процесуальному праві. З часу становлення та розвитку українського кримінально-процесуального права проблемою займались М. М. Михеєнко, В. П. Шибіко, С. М. Стахівський та інші вчені, які доклали чимало зусиль щоб підтримати ідею нормативного закріплення цього інституту. Після закріплення основ імунітету свідка в КПК України з'явилися дисертаційні роботи О. В. Белькової, Р. В. Баранніка, С. Г. Волкотруба та інших. Однак, питання обсягу та змісту, класифікації проявів (видів) імунітету свідків не можна вважати остаточно вирішеними.

Термін «імунітет» в його юридичному значенні був відомий ще у римському праві і означав звільнення від податків або громадських повинностей, яке міг надати Сенат, а потім імператор окремій особі, соціальній категорії або общині. Але, як зазначає О. В. Ткаля, – українська юридична наука чіткого визначення правового імунітету як правової категорії не дає [3, с. 48].

Поняття «імунітет свідка» в кримінальному провадженні вимагає однозначного визначення форм проявів правових імунітетів.

В історичному контексті імунітет свідка у юриспруденції та, зокрема у судочинстві, існує тривалий час. Ще в Стародавньому Римі свідками не могли бути засуджені особи, обвинувачені в скоєнні злочину, особи, які не досягли 20-річного віку або приведені з дому обвинувача, лібертини проти свого патрона тощо. Дигести Юстиніана забороняли свідчити адвокатам у справах осіб, інтереси яких вони захищають [4, с. 241].

Імунітет свідка – звільнення у передбачених законом випадках особи, яка підлягає допиту як свідок, від обов'язку давати показання у кримінальній чи цивільній справі. Таке визначення ми знаходимо у публікації О. В. Ткаля [3, с. 52-53]. Воно логічно випливає з норм права, які регламентують зміст цього інституту. С. В. Тасаков каже, що імунітет для свідка являє собою інститут кримінального судочинства, спрямований на реалізацію захисту прав і свобод людини [5, с. 226]. І. В. Вельш дає таку дефініцію інституту імунітету свідків у об'єктивному сенсі – це сукупність юридичних норм (норм-винятків), що регулюють правовідносини, що виникають при реалізації даного інституту. У суб'єктивному сенсі інститут імунітету свідків являє собою сукупність правових норм (норм-винятків), які звільняють деякі категорії свідків і потерпілих від обов'язку давати свідчення у кримінальному провадженні, а також забезпечують право громадян не свідчити проти себе у кримінальній справі [6].

Значення інституту імунітету свідків важко переоцінити. Він демонструє баланс між суспільним інтересом встановлення істини у кримінальному провадженні і потребою у збереженні приватних інтересів особистості. Наприклад, І. В. Вельш вважає, що у нормативному закріпленні інституту імунітету свідка знайшло своє відображення бажання законодавця ввести правові норми, спрямовані на перевагу інтересів особистості перед державними інтересами [6]. На це С. В. Тасаков наводить таке пояснення: «для більшості людей думка близької людини є важливішою понад оцінки суспільства та держави. І вимога про надання свідчень щодо себе, чоловіка (дружини) і близького родича сама по собі аморальна [5 с. 226]». У літературних джерелах радянської доби прослідкувалася ідея про те, що введення цього інституту може значно ускладнити встановлення істини. Проте ми вважаємо, що таке трактування є однобічним через те, що до уваги брались лише інтереси досягнення істини в кримінальному процесі. Нехтувалась моральна сторона питання, коли особа була зобов'язана свідчити на шкоду членів власної родини. Однак, відмова від імунітету далеко не завжди забезпечувала отримання достовірних свідчень. На практиці через суперечності, які виникли під час судового процесу, різко зросла кількість недостовірних свідчень, у тому числі осіб, які в інших країнах мали імунітет свідків, при загальному скороченні кількості осіб, притягнутих за це до правової відповідальності. І це зрозуміло: важко карати, наприклад, матір за те, що вона намагається неправдою врятувати сина, нехай він і вчинив тяжкий злочин [7, с. 58].

Оскільки у ст. 3 Конституції України особу проголошено найвищою соціальною цінністю, держава взяла на себе обов'язок забезпечення прав і свобод людини. Одним з аспектів цієї важливої та складної проблеми є вирішення питань законодавчого врегулювання та реалізації на практиці положень кримінально-процесуального інституту імунітету свідків. С. В. Тасаков запевнює, що боротися з таким явищем, як відмова від дачі показань, необхідно не кримінально-правовими заходами, а підвищенням ефективності заходів безпеки, передбачених кримінально-процесуальним законом, щодо учасників кримінального судочинства, їх родичів та близьких осіб. Велике значення мають і моральні бар'єри. Усвідомлення кожним членом суспільства того, що байдужість і небажання співпрацювати з правоохоронними органами і судом лише сприяють зростанню злочинності, яка завтра може торкнутися і його близьких, безумовно, підвищить правову активність громадян. І в цьому напрямку необхідно працювати [5, с. 227].

Досліджуючи проблему імунітету свідків, перш за все необхідно виходити з того, що «імунітет свідків» є поняттям видовим стосовно поняття «імунітет» взагалі. Однією з найважливіших невід'ємних ознак правових норм, що передбачають той чи інший імунітет, є те, що ці норми є винятками із загальних правил. Це саме стосується й імунітету свідків.

Деякі науковці пропонують називати розглядуваний інститут не «імунітетом свідків», а «частковим імунітетом свідків», з огляду на те, що йдеться не про повний імунітет свідків, а про частковий, усічений. «Особи, які звільняються від відповідальності за відмову давати показання, не мають таких характеристик діяльності, якими володіють посадові особи, тобто такі якості, як важливість, значущість, незалежність. Тому вони мають право мати лише свого роду усічений, частковий імунітет, що звільняє їх від відповідальності за відмову давати показання як свідків. Він призначений для забезпечення дотримання морально-етичних норм». Слід зауважити, що законодавство України не передбачає повного (абсолютного) імунітету від кримінальної відповідальності для будь-якої категорії громадян. Вищезгадана назва була б виправданою за умови, якби у кримінальному судочинстві існував повний імунітет свідків, а відтак, виникла потреба їх розрізняти [8].

Д. П. Кокорєв трактує поняття «імунітет свідка» як «право громадянина у певних випадках відмовитися давати показання органам розслідування та суду». З цим не можна погодитися, оскільки таке трактування імунітету

охоплює занадто широке коло випадків [9, с. 124-129]. С. М. Стахівський визначає імунітет свідків як «...безумовне чи обмежене звільнення деяких груп громадян від обов'язку давати показання, серед яких можна виділити осіб: 1) яких заборонено допитувати як свідків; 2) які мають право відмовитися від дачі показань; 3) які можуть відмовитися відповідати на окремі запитання. Разом з тим про імунітет свідка допустимо вести мову лише тоді, коли особа може бути свідком, але має право відмовитись від дачі показань [10, с. 12]». На думку Т. М. Москалькової, імунітет свідків – це «...сукупність правил, які звільняють деякі категорії свідків і потерпілих від передбаченого законом обов'язку давати показання по справі, і також тих, що звільняють будь-якого допитуваного від обов'язку свідчити проти себе самого» [11, с. 46].

Зовсім інше трактування належить В. Г. Даєву: «заборона допитувати як свідка особу, яка через власні фізичні чи психічні вади не здатна правильно сприймати обставини справи і давати про них правильні показання, не може визнаватися імунітетом, оскільки в цьому разі мова йде не про звільнення від процесуального обов'язку, а про неможливість покладення його взагалі [12, с. 48]». Вважаємо, що тут йдеться про інформаційну недопустимість зазначених доказів. В. Г. Волкотруб з цього приводу наводить думку Н. В. Сибільової, яка вважає, що інформаційна недопустимість охоплює випадки, коли слідчий і суд мають справу в принципі з допустимим джерелом фактичних даних, але через пряму вказівку закону при певних обставинах інформація, що міститься в ньому, не може мати доказового значення [13, с. 118]. Таким чином, немає підстав вважати заборону допитувати як свідків осіб, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти.

Можна припустити, що намагання уникнути можливих перешкод у розслідуванні злочинів, пов'язаних з відмовою свідка давати показання, якщо він скористається імунітетом, є однією з причин обмеження права свідка відмовитися давати свідчення внаслідок використання імунітету лише колом справ про злочини, що не є тяжкими. Інколи може виникнути ситуація, що по деяких категоріях кримінальних проваджень неможливо встановити інших джерел доказів, крім свідків – близьких родичів обвинуваченого. Наприклад, така ситуація може мати місце з приводу насилля в сім'ї. Проте, досвід практичної роботи свідчить, що це лише суб'єктивне уявлення посадової особи, яка здійснює досудове розслідування. Досвідчений, кваліфікований слідчий, прокурор, суддя зможе знайти інші джерела доказів, нехай не прямих, але таких, які у сукупності з іншими будуть вважатися належними. Слід додати, що надання імунітету свідкам надає можливість уникнути випадків, коли особа була б змушена через особисті переконання свідчити завідомо неправдиво відносно особистої участі, або участі своїх родичів та членів родини у вчиненні того чи іншого кримінального правопорушення. Отже, не виникає перешкод у здійсненні кримінального провадження, а скоріше вони усуваються в аспекті можливості надання завідомо неправдивих показань.

До того ж, відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 87 КПК України докази, що були отримані з показань свідка, який надалі був визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні, з часом також будуть визнані недопустимими.

Слід враховувати, що далеко не всі свідки відмовляються давати свідчення за наданим їм імунітетом. З цього приводу доречно привести висловлення О. В. Ткаля, який переконаний, що правовий імунітет не повинен мати абсолютного характеру. Він може бути у ряді випадків відмінений, обмежений або від нього можуть відмовитися самі володарі імунітету. Це пов'язано в основному з тим, що імунітет із законного і ефективного юридичного засобу перетворюється на перешкоджаючий чинник [3, с. 50]. У такому розумінні за природою імунітет свідка можна порівняти з правоздатністю особи, яка за власним бажанням може її реалізувати або відмовитися від наданої законом можливості.

У зазначеному контексті, для правильного розуміння сутності інституту імунітету свідка особливе значення має його класифікація.

Наприклад, такі автори як В. М. Лопатін та О. В. Федоров виділяють загальний та спеціальний імунітети свідка [14, с. 52]. Якщо проаналізувати дефініцію вказаних співавторів загального імунітету свідка, то він співпадає з правом, яке закріплене у ст. 63 Конституції України. До речі це право закріплено на міжнародному рівні та гарантується Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, за яким кожен «не може бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе» [15]. Науковці це твердження трактують по-різному: право відмовитися від самозвинувачення, свобода особи від самозвинувачення, привілей проти самозвинувачення, і пов'язують його надання із забезпеченням дієвості принципу невинуватості, адже обов'язок доводити вину особи покладається на державні органи. Законом не вимагається доведення власної невинуватості у кримінальному провадженні (ст. 62 Конституції України), тим більше – доведення власної вини.

Що стосується спеціального імунітету свідка, то ч. 2 ст. 65 КПК України містить перелік осіб, які через специфічні зобов'язання не можуть бути допитані як свідки. До них зокрема належать: 1) захисник, представник потерпілого, цивільний позивач, цивільний відповідач, юридична особа, щодо якої здійснюється провадження, законний представник потерпілого, цивільний позивач у кримінальному провадженні – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника; 2) адвокати – про відомості, які становлять адвокатську таємницю; 3) нотаріуси – про відомості, які становлять нотаріальну таємницю; 4) медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя особи – про відомості, які становлять лікарську таємницю; 5) священнослужителі – про відомості, одержані ними на сповіді віруючих; 6) журналісти – про відомості, які містять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації; 7) професійні судді, народні засідателі та присяжні – про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, за винятком випадків кримінального провадження щодо прийняття суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, ухвали; 8) особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні, – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення; 9) особи, до яких застосовані заходи безпеки, – щодо дійсних даних про їх особи; 10) особи, які мають відомості про реальні дані щодо осіб, до яких застосовано заходи безпеки, – щодо цих даних.

Треба відзначити, що перелік осіб, які володіють імунітетом свідка, не є вичерпним і законами можуть бути передбачені інші випадки надання імунітету. Наприклад, надання імунітету свідка народному депутату України чи особі, яка прибула для допиту чи участі в інших слідчих діях на територію запитуючої сторони за проханням останньої тощо.

Інший варіант класифікації імунітету свідка пропонує І. В. Вельш. Автор здійснює розподіл залежно від наявності у особи, яка допитується, суб'єктивного права відмовитися від дачі показань у якості свідка, а також наявності або відсутності заборони у відповідних уповноважених органів допитувати цих осіб. Через таку диференціацію

імунітет для свідка за баченням І. В. Вельш можна класифікувати на такі види: а) альтернативний; б) безальтернативний; в) зберігання іншої таємниці, що не породжує імунітет для свідка.

Безальтернативний імунітет для свідка виникає тоді, коли і у свідка є суб'єктивне право відмовитися від дачі показань, і для осіб або органів, у провадженні яких перебуває кримінальне провадження, встановлена заборона допитувати їх як свідків, навіть у тих випадках, коли такі особи побажали б дати ці свідчення. Цей імунітет поширюється на захисника обвинуваченого, адвоката, а також на осіб, які в силу своїх фізичних і психічних недоліків не здатні правильно сприймати факти або давати про них правильні показання.

Альтернативний імунітет для свідка виникає тоді, коли у особи є вибір скористатися своїм суб'єктивним правом відмовитися давати свідчення, а для особи або органу, яка здійснює кримінальне провадження, немає заборони допитати цю особу (за умови, що ця особа погоджується давати показання), а також у таких правоохоронних органів з'являється обов'язок звільнити цю особу від свідчення (якщо вона відмовляється давати свідчення). Даний вид імунітету свідків поширюється на близьких родичів обвинуваченого (підозрюваного), підсудного і священнослужителів.

Наявність таємниці не породжує імунітету свідків у випадку, якщо у її носія немає права відмовитися від дачі показань свідків (це їх обов'язок). Більш того, цей свідок попереджається про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань. Вказані особи у будь-якому випадку зобов'язані давати свідчення, а у органів досудового розслідування або прокурора не тільки немає заборони, але, навпаки, він зобов'язаний допитати таких свідків. До такої таємниці відноситься, наприклад, лікарська таємниця, таємниця усиновлення тощо [6, с. 8-9].

На наш погляд, як перший, так і другий варіанти класифікації не є абсолютно вдалими. З приводу кожного варіанту наведених класифікацій можна навести критичні зауваження. Наприклад, О. В. Ткаля упевнений, що від імунітету свідка слід відокремити імунітет свідків від свідчень. У цьому розумінні вказаний автор звужує цю дефініцію до права, передбаченого законом, кола осіб не бути допитаними як свідки у кримінальному провадженні. Відповідно до уточнення (яке надає О. В. Ткаля) даний імунітет може бути зумовлений виконанням службових або професійних обов'язків зберігати державну, службову чи професійну таємницю [3, с. 53]. Проте й таке зауваження не можна сприймати цілковито без застереження.

Ми вважаємо, що критерієм розмежування імунітету свідка за певними видами має бути саме наявність суб'єктивного права (правоздатності) відмовитися свідчити проти себе та/або своїх близьких, родичів тощо.

З урахуванням цього імунітет свідка пропонуємо поділити на: а) особистий безпосередній імунітет свідка; б) опосередкований законний імунітет свідка.

Особистий безпосередній імунітет свідка – це імунітет, який гарантується ст. 63 Конституції України, а також міжнародно-правовими актами та міждержавними угодами (маються на увазі особи, які мають право дипломатичної недоторканності, а також працівники дипломатичних представництв). Він за обсягом та суб'єктивною складовою збігається із загальним імунітетом, який запропонований В. М. Лопатіним та О. В. Федоровим. Але називати його загальним некоректно через те, що він не стосується абсолютно усіх свідків, а лише конкретних осіб з урахуванням їх особи або сталих зв'язків з іншими особами. Безпосереднім такий імунітет є тому, що особа власними діями або бездіяльністю (надає чи не надає свідчення) безпосередньо реалізує свою правоздатність.

Опосередкований законний імунітет свідка – це імунітет тих осіб, на яких законом покладено обов'язок зберігати конфіденційну інформацію, таємницю клієнта, пацієнта, прихожанина тощо, а відповідно і кримінально-процесуальний закон встановлює гарантії дотримання ними такої таємниці (ч. 2 ст. 65 КПК України). Вони особисто не мають альтернативи у виборі давати свідчення. Такі особи з приводу зазначених довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю лише особою, що довірила їм ці відомості, у визначеному нею обсязі. Таке звільнення здійснюється у письмовій формі за підписом особи, що довірила зазначені відомості (ч. 3 ст. 65 КПК України). Це означає, що вони можуть реалізувати лише чужу правоздатність «не свідчити або свідчити».

Аналіз наукових досліджень та наші власні переконання дозволяють сформулювати наступні умовиводи:

1. Правовідносини, що виникають у сфері регулювання питань реалізації імунітету свідків, можуть бути об'єднані у самостійний кримінально-процесуальний інститут, що вимагає прискіпливої уваги правозахисників та правового регулювання (чинне українське законодавство містить відповідні положення).

2. Імунітет свідків як інститут кримінально-процесуального права являє собою сукупність правових норм (норм-винятків), які передбачають в цілях охорони моральних цінностей суб'єктивне (безпосереднє) і гарантоване законом (опосередковане) право на звільнення деяких категорій свідків і потерпілих від обов'язку давати свідчення у кримінальній справі, а також забезпечують право громадян не свідчити проти себе або інших осіб (інтереси яких з моральних чи професійних зобов'язань вони мають захищати) у кримінальному провадженні.

3. Імунітет свідка доцільно поділяти на а) особистий безпосередній імунітет свідка та б) опосередкований законний імунітет свідка.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ахтырский В. Г. Свидетельский иммунитет в уголовном процессе / В. Г. Ахтырский // Студенческий научный форум VIII : материалы международной студенческой электронной научной конференции. – 2016 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.scienceforum.ru/2016/1680/18923.

2. Волкотруб В. Г. Актуальні питання імунітету свідків в кримінальному судочинстві / В. Г. Волкотруб // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права : наук. часопис. – 2003. – № 3–4 (7–8). – С. 247–252.

3. Ткаля О. В. Правовий імунітет у категоріальному апараті юриспруденції / О. В. Ткаля // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – 2006. – Вип. 29. – С. 48–54.

4. Уголовно-процессуальный кодекс Украины : научно-практический комментарий / под общ. ред. В. Т. Маляренко, Ю. П. Аленина. – Х. : 2005. – 745 с.

5. Тасаков С. В. Нравственное содержание положений уголовного и уголовно-процессуального закона о свидетельском иммунитете / С. В. Тасаков // Бизнес в законе. – 2009. – № 1. – С. 226–228.

6. Вельш И. В. Свидетельский иммунитет в уголовном процессе : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юр. наук по спец. : 12.00.09 «уголовный процесс, криминалистика ; оперативно-розыскная деятельность»/ И. В. Вельш [Электронный вариант]. – Режим доступа : http://lawtheses.com/svidetelskiy-immunitet-v-ugolovnom-protsesse.

7. Карнеева Л. М. Проблемы свидетельского иммунитета / Л. М. Карнеева, И. Кертэс // Советское государство и право. – 1986. – № 6. – С. 58–62.

8. Нор В. Свідок у кримінальному процесі України : коло осіб, предмет показань та свідоцький імунітет / В. Нор // Радник : Український юридичний портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://radnuk.info/home/24839--c.html.

9. Кокорев Л. Д. Участники правосудия по уголовным делам / Л. Д. Кокорев. – Воронеж : Из-во Воронеж. ин-та, 1971. – 326 с.
10. Стахівський С. М. Показання свідка як джерело доказів у кримінальному процесі : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика ; судова експертиза ; оперативно-розшукова діяльність» / С. М. Стахівський. – К. : УАВС, 1996. – 17 с.
11. Москалькова Т. Н. Этика уголовно-процессуального доказывания (стадия предварительного расследования) / Т. Н. Москалькова. – М. : Спартак, 1996. – 125 с.
12. Даев В. Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса / В. Г. Даев. – Л. : Из-во Ленинград. ун-та, 1982. – 111 с.
13. Волкотруб С. Г. Імунітет у кримінальному процесі України : монографія / С. Г. Волкотруб. – Харків, 2005. – 144 с.
14. Лопатин В. Н. Свидетельский иммунитет / В. Н. Лопатин, А. В. Федоров // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 49–57.
15. Міжнародний пакт про громадські і політичні права : Міжнародний документ ООН від 16 грудня 1966 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

УДК 343.57

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВОДІЇВ, ЩО ВЧИНИЛИ ДТП У СТАНІ АЛКОГОЛЬНОГО СП'ЯНІННЯ

FEATURES OF THE CRIMINAL LIABILITY OF DRIVERS WHO COMMITTED TRAFFIC ACCIDENT WHILE INTOXICATED

Коробка О.С.,
старший викладач кафедри правосуддя
Сумський національний аграрний університет

У статті висвітлюються питання особливості кримінальної відповідальності водіїв, що вчинили ДТП у стані алкогольного сп'яніння. Пропонується посилити відповідальність, запровадивши довічне ув'язнення за вчинення злочину, що призвів до загибелі декількох осіб. Також відстоюється позиція збільшення додаткового покарання, зокрема конфіскацію транспортного засобу та позбавлення права керувати транспортним засобом довічно.

Ключові слова: порушення правил безпеки дорожнього руху, скоєння злочину у стані алкогольного сп'яніння, факт керування транспортними засобами у стані сп'яніння, смерть або тілесні ушкодження з вини нетверезих водіїв.

Статья освещает вопрос особенностей уголовной ответственности водителей, совершивших дорожно-транспортное происшествие в состоянии алкогольного опьянения. Предлагается усилить ответственность введением пожизненного заключения за совершение преступления, которое привело к гибели нескольких человек. Также предлагается увеличить дополнительное наказание, включив конфискацию транспортного средства и лишение права управлять транспортным средством пожизненно.

Ключевые слова: нарушение правил безопасности дорожного движения, совершение преступления в состоянии алкогольного опьянения, факт управления транспортными средствами в состоянии опьянения, смерть или телесные повреждения по вине нетрезвых водителей.

The article discusses the features of criminal liability of drivers who committed traffic accidents while intoxicated. It specifies the particular dangers of this phenomenon for the society. As a result of such accidents killed themselves as drivers and their passengers, and ordinary citizens who were at bus stops, sidewalks and pedestrian crossings without taking into account deaths on the roadway road. The main reasons for this situation is primarily a lack of discipline among drivers, low their professional level, there is no personal responsibility and disregard for traffic rules and inadequate control with a party transport organizations and police observance of traffic rules and order status, in which they are located. Important in this case is the imperfection of the criminal legislation of Ukraine, in anticipation of the appropriate punishment, as drunk drivers who have committed a crime, and other responsible persons. Most penalties drunk drivers can get for killing one person – the 8 years in prison, and the killing of several persons ch. 3 st. 286 Criminal Code of Ukraine stipulates – 10 years in prison. This means that if due to the fault of a drunk driver dozens of people die, the criminal law provides a maximum penalty only ten years imprisonment. This unjust punishment and did not reflect the gravity of the crime act. It is proposed to amend the criminal legislation of Ukraine and to ensure punishment for the loss of life on the roads of drunk drivers guilt to punishment for murder and predict the upper limit of a sentence of fifteen years in prison for the death of one man, and death by two or more people – life imprisonment. In addition, it has to be made to the Criminal Code of Ukraine century 286-1 drive vehicles or ships persons in a state of alcoholic, narcotic or other intoxication or under the influence of drugs, reducing their attention and reaction speed.

Key words: violation of traffic safety, crime while intoxicated, fact that management vehicles while intoxicated, death or bodily harm by the wine drunk drivers.

Збільшення потужності та швидкості руху транспортних засобів, їх кількості, що має важливе значення для розвитку суспільства, викликає і негативні явища, оскільки більш тяжкими стають наслідки автотранспортних аварій, гинуть люди.

Дорожньо-транспортні пригоди, учинені водіями у стані сп'яніння зазвичай заподіюють вкрай тяжкі наслідки та значну кількість загиблих [1], але, незважаючи на широкий суспільний резонанс, ці правопорушення не завжди дістають належного покарання, що, в свою чергу, сприяє поширенню небезпечного уявлення про те, що керування у нетверезому стані не є чимось небезпечним. За інформацією Українського медичного центру безпеки дорожнього руху та інформаційних технологій Міністерства охорони здоров'я України за 2015 рік вчинено 2135 дорожньо-транспортних пригод (далі – ДТП) за участю водіїв у нетверезому стані [2]. Унаслідок цього загинуло – 282, а травмовано – 2894 людини. Показник смертності на 1 млн. населення в Україні складає 106 осіб, в той час як, наприклад, в Італії – 68, Німеччині – 45, Великій Британії – 31 особа. Україна перебуває на одному з перших місць у Європі по числу загиблих у ДТП за участю нетверезих водіїв. На сьогодні спостерігається активізація законотворчості [3] та громадськості в напрямку збільшення відповідальності за злочини, вчинені у нетверезому стані [4].

Кримінально-правові проблеми злочинів проти безпеки руху та експлуатації транспорту, зокрема – злочинів, учинених нетверезими водіями, досліджувалися багатьма вче-

ними, а саме: О. О. Балобановим, В. І. Борисовим, С. В. Гізімчуком, В. С. Гуславським, В. І. Касинюком, З. Г. Корчевою, О. М. Котовенком, В. Г. Мокашвілі, В. А. Мисливим, О. М. Опальченком, В. М. Пруссом, В. П. Тихим та ін.

Метою статті є спроба визначити та проаналізувати особливості кримінальної відповідальності водіїв, що вчинили ДТП у стані алкогольного сп'яніння.

Основними причинами високих показників смертності внаслідок ДТП за участю водіїв у нетверезому стані, перш за все, є відсутність дисципліни серед водіїв транспортних засобів, їх низький професіональний рівень, відсутня особиста відповідальність та ігнорування правил дорожнього руху, а також неналежний контроль з боку керівництв транспортних організацій та поліції за дотриманням ними правил дорожнього руху та стану, в якому ті перебувають. На аварійність впливає і стан доріг України.

Серед різноманітності правових норм, спрямованих на попередження негативних наслідків керування транспортними засобами у нетверезому стані, важливе значення має кримінальне законодавство у частині передбачення відповідного покарання як до п'яних водіїв, що скоїли злочин, так й інших відповідальних осіб.

На відміну від українського – радянське кримінальне законодавство передбачало відповідальність за сам факт керування транспортним засобом у стані сп'яніння. Проте ця норма на практиці майже не застосовувалася і тому, у подальшому, відбулася її декриміналізація. На думку А. І. Коробєєва, декриміналізація цього діяння повинна супроводжуватися встановленням жорстких заходів адміністративної відповідальності за подібне правопорушення та введення такої кваліфікуючої ознаки як стан сп'яніння у деякі склади злочинів [5, с. 97]. Однак ці положення так і не знайшли свого закріплення у кримінальному законодавстві.

У КК України спеціальною нормою є ст. 286 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за діяння, що полягає у порушенні правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, що спричинило середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або смерть потерпілому. Воно може вчинятися шляхом дії або бездіяльності і полягає у: 1) вчиненні дій, які заборонені правилами (проїзд на забороняючий сигнал світлофора, експлуатація автомобіля з певними технічними несправностями тощо); 2) невиконанні дій, які особа може і зобов'язана вчинити відповідно до вимог правил безпеки руху й експлуатації транспорту (незниження швидкості руху відповідно до дорожньої обстановки чи приписів дорожніх знаків, неправильне користування зовнішніми світловими приладами). Діяння при вчиненні цього злочину завжди пов'язане з недотриманням вимог відповідних нормативних актів – правил дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів. Такі правила встановлені у законах та інших нормативно-правових актах [6]. З суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 286 КК України, характеризується необережною виною. Проте, слід зауважити, що законодавець не виділяє окремою кваліфікуючою ознакою порушення правил дорожнього руху водіями у нетверезому стані, а бере за кваліфікаційну ознаку тяжкість наслідків, спричинених порушеннями правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту.

Застосування ст. 286 КК України в нинішній редакції бажаного ефекту не дає та і не може дати, оскільки не передбачає можливості застосування такого покарання, яке відповідало б тяжкості злочину. У ст. 286 КК України належним чином не враховується скоєння злочину в стані алкогольного сп'яніння, яке на даний час є тільки обтяжуючою обставиною і на кваліфікацію не впливає. Наприклад, ч. 2 ст. 286 КК України передбачає покарання у вигляді позбавлення волі від 3 до 8 років за спричинення смерті або тяжких тілесних ушкоджень потерпілому внаслідок порушення правил безпеки дорожнього руху, а ч. 3 ст. 286 КК України – за спричинення смерті декільком особам від 5 до 10 років позбавлення волі.

Отже, найбільше покарання п'яний водій може отримати за позбавлення життя однієї людини – це 8 років позбавлення волі, а кількох осіб – 10 років позбавлення волі. Це означає, що якщо через вину п'яного водія загинуть десятки людей, то кримінальний закон передбачає максимально десять років позбавлення волі. Вважається, що таке покарання несправедливе і не відповідає тяжкості скоєному діянню. Частина 3 ст. 286 КК України в редакції 2001 року передбачала за спричинення смерті декільком особам верхню межу позбавлення волі – 12 років, а уже в редакції 2008 року ця межа становить тільки 10 років.

Необхідність посилення кримінальної відповідальності зумовлена небезпечністю діяння, адже всі знають про негативний вплив алкоголю на можливість керувати транспортним засобом. Тим не менше багато водіїв нехтують цією засторогою і, перебуваючи у нетверезому стані, керують транспортним засобом, при цьому кожен усвідомлює чи повинен усвідомлювати можливі наслідки такої поведінки. Така пропозиція відповідає світовій практиці: так ст. 178 КК Республіки Польща передбачає, що у разі вчинення транспортного злочину водієм, який був у стані сп'яніння, суд призначає йому покарання у вигляді позбавлення волі в межах встановлених законом, збільшених наполовину. Тобто, якщо за загальним правилом за ДТП, що спричинило тяжку шкоду здоров'ю потерпілого або його загибель, винному загрожує до 8 років позбавлення волі, то за це ж саме, вчинене у стані сп'яніння – до 12 років. Практика законодавчого встановлення більш суворого покарання за заподіяння шкоди під час ДТП водіями у стані сп'яніння застосовується майже у всіх штатах США [1].

Убачається, що в такій редакції ст. 286 КК України не може стати фактором, який би стримував від водіння у нетверезому стані. Зазначене обумовлює необхідність внести зміни до кримінального законодавства України та встановити покарання за загибель людей на дорогах з вини п'яних водіїв, передбачивши верхню межу покарання у вигляді 15 років ув'язнення за загибель однієї людини, а за загибель двох і більше осіб – довічне ув'язнення. Крім цього, потрібно підвищити кримінальну відповідальність осіб, які не виконують свої обов'язки з недопущення п'яних водіїв до керування транспортними засобами.

До проблем відповідальності за злочини, вчинені водіями у нетверезому стані, можна віднести і неузгодженість адміністративного та кримінального покарання. Так внесення відповідних змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення зумовило невідповідність із КК України. Адміністративна відповідальність настає за керування транспортним засобом у стані сп'яніння, максимальним покаранням передбачається – можливість позбавлення права на керування транспортними засобами строком до 10 років у випадку систематичності порушення. КК України, у свою чергу, передбачається можливість такого позбавлення лише до 3 років. Очевидно, що адміністративне покарання не може бути суворішим, за кримінальне. У зв'язку із цим, у літературі пропонується надати судам право призначати додаткове покарання у вигляді позбавлення права на керування транспортним засобом на строк до 10 років [1]. Для попередження означених злочинів вважаємо ефективним внесення змін до КК України у частині додаткового покарання за керування у нетверезому стані максимально – у вигляді довічного позбавлення права керування транспортним засобом. Для прикладу, таке покарання передбачено законодавством Німеччини, у разі вмісту алкоголю у крові водія більше, ніж 3,0 проміле [7].

У кримінальному праві давно точаться суперечки щодо психічного ставлення особи до вчинення нею ДТП із суспільно небезпечними наслідками [8]. У своїй основі це стосується самої природи злочинної самонадіяності і недбалості та їх розмежування від умислу, що має важливе

значення для кваліфікації конкретних злочинних діянь та індивідуалізації кримінальної відповідальності за ці форми вини. Сьогодні особливої гостроти набуло питання визначення об'єктивної поведінки, пов'язаної зі злочином, вчиненим внаслідок порушення правил дорожнього руху у стані сп'яніння з людськими жертвами. Це пов'язано з тим, що суспільство занепокоєне зростаючою аварійністю та відчуттям безкарності за скоєння цих дій.

У зв'язку з вищевикладеним, вважається за доцільне внести зміни до КК України та передбачити кримінальну відповідальність за сам факт керування транспортними засобами у стані сп'яніння, повернувшись до практики, яка існувала за радянського законодавства та неодноразово пропонувалася теоретиками та практиками і в період незалежності [9]. Вважається, що встановлення кримінальної відповідальності за вказані дії буде обставиною, яка вплине на «оздоровлення» становища на дорогах України.

Пропонується КК України доповнити ст. 2861, яка буде спеціальною стосовно ст. 286 і викласти її в такій редакції: «Керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння, або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції.

Керування транспортними засобами або суднами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння, або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції два і більше разів протягом 12 місяців незалежно від притягнення до адміністративної відповідальності карається позбавленням волі до п'яти років з позбавленням права управляти транспортними засобами до 5 років;

ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому тілесні ушкодження (середньої або тяжкі) карається позбавленням волі від п'яти до десяти років з позбавленням права керувати транспортними засобами до 10 років;

діяння, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили загибель людини, караються позбавленням волі від 7 до 15 років, а при загибелі двох і більше осіб – від 10 до 15 років або довічним позбавленням волі з позбавленням права керувати транспортним засобом довічно та конфіскацією транспортного засобу».

Ураховуючи те, що в КК України уже є стаття, яка передбачає кримінальну відповідальність за вбивство на дорогах (ст. 286), а скоєння цього злочину у стані сп'яніння вважається тільки обтяжуючою обставиною, то нова ст. 2861 буде спеціальною і повинна застосовуватись у всіх випадках смерті або тілесних ушкоджень з вини нетверезих водіїв, що викликано алкогольним, наркотичним чи іншим сп'янінням, або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції. У всіх інших випадках травматизму або смертності на дорогах буде діяти ст. 286 КК України.

Безумовно, викладені положення йдуть у розріз із сучасними реаліями кримінального права та викликають зауваження і критику законодавця, зокрема, щодо того, що злочини, пов'язані з порушенням правил дорожнього руху та експлуатації транспорту відносяться до необережних злочинів, не відносяться до тяжких та особливо тяжких і за злочини, вчинені з необережності, не передбачається довічне ув'язнення або позбавлення волі більше, ніж на 10 років, навіть при загибелі багатьох людей. Проте вважається, що запропоновані зміни є украй необхідними, соціально значущими і зумовлять поліпшення ситуації, що на сьогодні склалася на дорогах.

Виходячи із вищесказаного, потрібно відзначити актуальність проведеного дослідження. Слід констатувати наявність прогалини у кримінальному законодавстві у частині встановлення відповідальності за злочини, вчинені водіями транспортних засобів у нетверезому стані. Це обумовлює потребу невідкладного внесення відповідних змін до КК України. Подальшого вивчення потребує можливість конфіскації транспортного засобу за умови вчинення ДТП водієм у нетверезому стані, навіть без наявності загиблих.

ЛІТЕРАТУРА

1. Посилення відповідальності за нетверезе керування – вимога часу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gurt.org.ua/news/informator/20010/.

2. ДТП за період 01 січня 2015 року – 31 листопада 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://umcbdr.com.ua/dtp-za-period-01-01-2015-31-11-2015/

3. Проект Закону про доповнення Кримінального кодексу України статтею 286-1 (керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного сп'яніння або під впливом наркотичних чи психотропних речовин) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/ zweb2/webproc4_1?pf3511=45779

4. Електронні петиції : Кримінальна відповідальність за водіння ТЗ у нетверезому стані [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://petition.president.gov.ua/petition/21692

5. Коробеев А. И. Транспортные преступления : Пути и способы совершенствования законодательной конструкции / А. И. Коробеев // Правоведение. – 1989. – № 2. – С. 95–99.

6. Коментар до Кримінального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/283.php.

7. Орлов К., Зигманн А. Сколько можно выпить за рулем в Европе и России [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/charter/http://www.autonews.ru/autobusiness/news/1175756/.

8. Загублене життя – аналітична юриспруденція [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yurincom.com/ua/legal_ practice/analitychna_yurysprudentsiia/zagublene_zhyttia-publication/.

9. Боротьба з нетверезими водіями [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kievskiysud.od.ua/press-department/all-news/2142-borotba-z-netverezimi-vodiyami.

УДК 343.8

ПЕРЕВЕДЕННЯ ЗАСУДЖЕНИХ У МЕЖАХ ОДНІЄЇ ВИПРАВНОЇ КОЛОНІЇ. НАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

THE TRANSFER OF PRISONERS WITHIN THE SAME CORRECTIONAL COLONY. TOPICAL ISSUES OF LEGAL REGULATION

Кревсун О.М.,
здобувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Харківський національний університет внутрішніх справ

Однією з істотних переваг діючого Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України) є закріплення в ньому елементів прогресивної системи виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк для засуджених.

У процесі функціонування прогресивної системи виконання покарання мають місце деякі складнощі. Проілюструємо це на прикладі одного з субінститутів зазначеної системи, а саме: переведенні засудженого в межах однієї виправної колонії.

Ключові слова: прогресивна система виконання покарання у виді позбавлення волі на певний строк, субінститут, дільниця.

Одним из существенных преимуществ действующего Уголовно-исполнительного кодекса Украины является закрепление в нем элементов прогрессивной системы исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок для осужденных.

В процессе функционирования прогрессивной системы исполнения наказания имеют место некоторые сложности. Проиллюстрируем это на примере одного из субинститутов данной системы, а именно: переводе осужденного в пределах одной исправительной колонии.

Ключевые слова: прогрессивная система исполнения наказания в виде лишения свободы на определенный срок, институт, участок.

The important instrument of cognition of any legal institute, in that number progressive system of implementation of punishments, there was and remains history. Study of history of that or other public phenomenon, including legal, indisputably important. Punishment in the kind of imprisonment on a certain term began beginning with imprisonment. During many ages it was a main mean in a fight against criminality. Imprisonment forced out death punishment, corporal punishments, refuses gradually. Attention on prison was increased since then, as a fight began against death punishment and corporal punishments. A shove prison reform gave the North-American continent, producing two independent and first in world practice prison systems: Pennsylvania (Philadelphian) and Obornsku. Marked the prison systems did not see individual features in prisoner of him. The correctional tasks of imprisonment are proclaimed in the theory of criminal right induce to search many practical workers new directions in organization of his implementation. The first progressive systems of implementation of punishments appeared afterwards, in particular Irish and English that induced directly prisoner to the correction. These systems pawned subsoil for development and becoming of the progressive system of implementation of punishments in to subsequent.

The change of prison conditions has different forms, but collectively they represent a progressive system, which in the Soviet science of corrective-labor law stood out as a separate legal institution. The importance of this institution lies in the fact that the convicted of their behavior, attitude to socially useful work and study can change their legal status as in the direction of improvement (with an increase of amounts of benefits) and to the downside (with reduced benefits).

In the operation of the progressive system of execution of punishment in form of imprisonment for a specific term there are some difficulties. Let us illustrate this on the example of one of the institutions of the system, namely the transfer of the convicted person within the same colony.

Key words: progressive systems of execution of punishment in the form of imprisonment for a fixed term, subinstitute, plot.

Зміна умов тримання засуджених має різноманітні форми, кожна з яких виступає як окремий елемент прогресивної системи. Сама ж прогресивна система ще в радянській науці виправно-трудового права вважалась окремим правовим інститутом, що є, на нашу думку, спірним припущенням.

Однак, В. М. Трубников, досліджуючи прогресивну систему виконання покарання, вказує на те, що доцільніше і коректніше вести мову не про різні форми згаданої системи, а про її інститути, які є її невід'ємними складовими. Із такою думкою ми погоджуємося не в повному обсязі, оскільки вважаємо, що зміна умов тримання засуджених в межах однієї виправної колонії є субінститутом інституту виконання покарання у виді позбавлення волі. Застосування цього субінституту до засуджених породжує окремі протиріччя у наукових колах. Проілюструємо деякі з них.

Питання про переведення засуджених у межах однієї виправної колонії, як одного з елементів прогресивної системи виконання покарання, досліджувалося в роботах таких учених як Г. А. Аванесов, О. І. Бажанов, М. О. Беляєв, М. М. Паше-Озерський, С. В. Познишев, О. Л. Ременсон, М. О. Стручков, Ю. М. Ткачевський, Б. С. Утевський та ін. Разом із тим, даний субінститут потребує більш широкого дослідження.

Метою статті є виявлення певної недосконалості правового регулювання переведення засуджених у межах однієї виправної колонії як одного з елементів прогресивної системи виконання покарання.

Виникнення досліджуваного субінституту, а саме зміни умов тримання засуджених в межах однієї виправної колонії, сягає в сиву давнину і пов'язане з функціонуванням англійської прогресивної системи виконання покарання. Саме англійський варіант включав в себе два обов'язкові інститути – зміну умов тримання засуджених до позбавлення волі в межах однієї установи та умовно-дострокове звільнення засуджених із ув'язнення.

Субінститут зміни умов тримання засуджених у межах однієї виправної колонії був присутній у кримінально-виконавчому законодавстві України як у радянський, так і в пострадянський періоди. Він був представлений у Виправно-трудових кодексах УСРР 1925 року та 1970 року і передбачений сьогодні у нормах чинного КВК України.

Про важливу роль субінституту зміни умов тримання засуджених в умовах сьогодення свідчить той факт, що відповідно до п. 3 Концепції державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, затвердженої Указом Президента України від 08 листопада 2012 року № 631/2012, одним із основних шляхів розв'язання проблем, що стоять нині перед вітчизняною кримінально-виконавчою системою, визначено саме удосконалення системи стимулювання засуджених до законослухняної поведінки та ресоціалізації шляхом

запровадження поетапної зміни умов їх тримання, розроблення та впровадження системи критеріїв оцінки ступенів виправлення засуджених [1].

Узагалі, переведення засудженого з однієї дільниці до іншої тягне за собою збільшення (або зменшення) обсягу наданих йому прав. Найширшим обсягом прав і пільг користуються засуджені, які знаходяться в дільниці соціальної реабілітації виправних колоній. Найбільш суворі ж умови утримання передбачені для засуджених, які знаходяться в дільниці посиленого контролю виправних колоній.

У контексті визначеного згаданою Концепцією державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України завдання, особливої актуальності набуває вирішення питання: наскільки ефективними нині є норми КВК України, що регламентують субінститут зміни умов тримання засуджених у межах однієї колонії, і наскільки успішно вони спроможні виконувати своє головне призначення – стимулювати правомірну поведінку засуджених під час відбування покарання? Для відповіді на це запитання нам, насамперед, необхідно з'ясувати, які саме новації запровадив у цей субінститут законодавець, і як саме ці новації позначилися на правовому статусі засуджених.

Так, ч. 1 ст. 94 КВК України передбачено створення у виправних колоніях мінімального і середнього рівня безпеки окремих дільниць, а саме: КДіР; ресоціалізації; СР; ПК, а у виправних колоніях максимального рівня безпеки – дільниці КДіР, дільниці ресоціалізації та дільниці ПК. Усі вони ізольовані одна від одної.

Відповідно до ст.ст. 94, 95 КВК України в кожній виправній колонії створюється дільниця КДіР, в якій згідно з ч. 2 ст. 94 КВК України тримаються всі новоприбулі до колонії засуджені. Відповідно до ч. 1 ст. 95 КВК України засуджені в цій дільниці протягом чотирнадцяти діб проходять повне медичне обстеження для виявлення можливих інфекційних, соматичних і психічних захворювань, піддаються первинному психолого-педагогічному та іншому вивченню.

На наш погляд, період перебування протягом чотирнадцяти діб у дільниці КДіР є недостатнім для всебічного, глибокого та об'єктивного вивчення особистості засудженого, що, в свою чергу, може призвести до хибного висновку щодо його поведінки. Більше того, такий висновок на практиці може стати підставою для подальшого переведення засудженого згідно з ч. 4 ст. 94 КВК України до дільниці ПК.

Продовжуючи ознайомлення з нормами кримінально-виконавчого законодавства щодо зміни умов тримання засуджених, видається неоднозначною доцільність переведення засудженого відповідно до ч. 4

ст. 94 КВК України відразу з дільниці КДіР до дільниці ПК, оскільки при такому переведенні порушується сутність прогресивної системи, положеннями якої не передбачено різкого зменшення прав засуджених у залежності від їх поведінки, ставлення до суспільно корисної праці та навчання.

Частиною 4 ст. 94 КВК України визначено окремі особистісні характеристики злісних порушників установленого порядку відбування покарання, поведінка яких вимагає посиленого контролю. Це: 1) засуджені, які виявили високий ступінь соціально-педагогічної занедбаності і потяг до продовження протиправної поведінки; 2) засуджені, які не проявили готовності до самокерованої соціально-правомірної поведінки і переведені з інших дільниць у порядку, встановленому КВК України.

Для таких засуджених, відповідно до ч. 3 ст. 97 КВК України, розробляється спеціальна індивідуальна програма, яка передбачає заходи індивідуально-виховного, психотерапевтичного, психокорегуючого характеру. Отже, питання про переведення засудженого відразу з умов дільниці СР в умови дільниці ПК має вирішуватися з урахуванням рекомендацій соціально-психологічної служби виправної колонії.

Зазначені вище особистісні характеристики поведінки засуджених є дещо розпливчастими за своїм змістом, а інколи й не зрозумілими. Якщо засудженому змінюються умови тримання в бік збільшення правообмежень (переведення до дільниці ПК), то підстави такої зміни умов мають бути чітко виписані в нормах КВК України, аби засуджений розумів від якої поведінки слід утримуватися йому в майбутньому. Окремо проблематичним є це і для працівника соціально-психологічної служби при визначенні, які саме дії засудженого (або їх наслідки) є підставою для внесення відповідного клопотання начальнику виправної колонії про переведення такого засудженого до дільниці ПК.

Має місце також деяка недосконаліть у правовому регулюванні при переведенні засуджених з дільниці до дільниці. Законодавчо не визначена, наприклад, можливість переведення злісних порушників режиму з дільниць ресоціалізації колоній мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання та середнього рівня безпеки в дільницю ПК цих колоній.

Так, у ч. 4 ст. 94 КВК України зазначено, що в дільниці ПК тримаються засуджені, які під час перебування в дільниці КДіР виявили високий ступінь соціально-педагогічної занедбаності і потяг до продовження протиправної поведінки, а також засуджені, які не проявили готовності до самокерованої соціально-правомірної поведінки і переведені з інших дільниць у порядку, встановленому цим Кодексом. Проте, ч. 3 ст. 101 КВК України передбачено переведення засуджених до іншої дільницю (у тому числі й до дільниці ПК) тільки з дільниці СР. Більше того, виходячи зі змісту цієї норми, до дільниці ПК (або дільниці ресоціалізації) із дільниці СР можуть бути переведені засуджені, які злісно порушують режим відбування покарання. Таким чином, вказана норма містить самостійну підставу для переведення засуджених з дільниці СР до дільниці ПК – злісне порушення режиму відбування покарання. Постає логічне запитання: чому законодавець у ч. 4 ст. 94 КВК України для цієї категорії засуджених (які переводяться до дільниці ПК з дільниці СР на підставі ч. 3 ст. 101 КВК України за злісне порушення режиму відбування покарання) передбачає ще й додаткову матеріальну підставу – «не проявили готовності до самокерованої соціально-правомірної поведінки»?

Прогалиною законодавства можна вважати і відсутність як в КВК України так і в ПВР УВП строків тримання засуджених у дільниці ПК. У ч. 3 та ч. 4 ст. 97 КВК України лише зазначено, що на кожного засудженого в дільниці ПК розробляється спеціальна індивідуальна програма, яка передбачає заходи індивідуально-виховного, психотерапевтичного, психокорегуючого характеру, після виконання якої за клопотанням начальника відділення соціально-психологічної служби постановою начальника колонії засуджений переводиться до дільниці ресоціалізації. Іншими словами, строк тримання засудженого в дільниці ПК залежить від виконання відповідної програми, яка надасть підставу для переведення останнього з дільниці ПК до дільниці ресоціалізації.

Подальше дослідження показує, що строки тримання засуджених у дільниці ПК, виходячи з того, що вони (строки) відсутні в КВК України, встановлені були тільки у Методичних рекомендаціях щодо порядку зміни умов тримання засуджених шляхом переведення до дільниці ПК, які 30 червня 2004 року були затверджені Головою Державного департаменту України з питань виконання покарань. У цьому відомчому документі описані порядок і підстави переведення засуджених до дільниці ПК, оформлення відповідних документів, а також переведення засуджених з дільниці ПК до дільниці ресоціалізації. Так, відповідно до розділу V зазначених Методичних рекомендацій строк перебування засудженого у дільниці ПК встановлюється від трьох до шести місяців.

Проте в сучасних умовах розбудови правової держави в Україні та проголошення пріоритету прав і свобод людини, які визнані Конституцією України найвищою соціальною цінністю, будь-які правові норми, що регулюють порядок зміни правового статусу засудженого до позбавлення волі, а тим більше у випадку збільшення обсягу встановлених правообмежень, повинні бути закріплені виключно на законодавчому рівні, а не відомчими нормативними актами [2, с. 134]. З такою думкою важко не погодитися, адже незакріплення на законодавчому рівні відповідних правообмежень тягне за собою можливі порушення прав засуджених.

Суперечливим можна вважати і те, що строки тримання засуджених в дільниці ресоціалізації (як і в дільниці ПК) КВК України не визначено, а встановлено лише, що засуджені, які тримаються в дільниці ресоціалізації, розподіляються по відділеннях соціально-психологічної служби і розміщуються в жилих приміщеннях із локальним сумісним проживанням членів відділення. Отже, допускаємо, що засуджений може перебувати в ній і до закінчення строку відбування покарання або застосування до нього умовно-дострокового звільнення.

Звертаємо увагу також на зміст ч. 2 ст. 100 КВК України та ч. 1 ст. 135 КВК України. Якщо вважати скасування поліпшених умов тримання як захід дисциплінарного стягнення, то відповідно до ч. 1 ст. 135 КВК України правом застосування заходів заохочення і стягнення користується начальник колонії або особа, яка виконує його обов'язки, а також його прямі начальники. Якщо ж розглядати даний захід впливу як елемент зміни умов відбування покарання у виді позбавлення волі, то згідно з ч. 2 ст. 100 КВК України застосовуватися вказаний захід може за клопотанням начальника відділення соціально-психологічної служби постановою начальника колонії, погодженою зі спостережною комісією, про що зазначалося вище.

Серед науковців у галузі кримінально-виконавчого права поширеною є думка про те, що заохочення – це будь-який захід, який є результатом позитивної поведінки засудженої особи та надає їй додаткові права і блага, а також є певним кроком для суттєвої зміни свого правового становища в місцях позбавлення волі. Належне місце серед елементів прогресивної системи, з точки зору окремих науковців, мають зайняти й поліпшені умови тримання.

Важливим аспектом у вітчизняному законодавстві є надання дозволу засудженим згідно з ч. 2 ст. 99 КВК України проживати в межах населеного пункту, де розташована колонія, із своїми сім'ями. Цей дозвіл може надаватися адміністрацією виправної колонії за наступних умов: а) після відбуття шести місяців покарання в дільниці соціальної реабілітації; б) у разі відсутності порушень режиму відбування покарання; в) за наявності житлових умов.

Разом із тим потребує уточнення межа поширення такого права. Якщо законодавець закріплює його виключно за засудженими, які мають сім'ю, то чи буде це право логічним, оскільки, не маючи сім'ї, засуджений фактично позбавляється такої можливості.

Із огляду на вищевикладене, слід зазначити, що запровадження на практиці субінституту зміни умов тримання засуджених шляхом переведення їх у межах однієї виправної колонії є, безумовно, стимулюючим фактором виправлення та ресоціалізації. Своєю поведінкою, ставленням до суспільно корисної праці та навчання, засуджені можуть покращити своє правове положення (збільшити обсяг пільг, що можуть їм надаватися). Однак, поряд із покращенням правового статусу, засуджені своєю поведінкою можуть його і погіршити (збільшити обсяг правообмежень, які будуть підлягати обов'язковому виконанню). Поряд із цим, у даний час існують і певні проблеми чіткого правового регулювання субінституту переведення засуджених у межах однієї виправної колонії, мають місце окремі протиріччя в законодавстві, про які йшла мова вище.

ЛІТЕРАТУРА

1. Концепція державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/631/2012.

2. Гель А. П. Переведення засуджених до дільниці посиленого контролю виправної колонії : проблеми правової регламентації – А. П. Гель // Підприємство, господарство і право. – 2006. – Вип. 2. – С. 131–135.

УДК 343.1

ПЕРЕХІД ДО ОДИНОЧНОГО УТРИМАННЯ ЗАСУДЖЕНИХ ЯК ОДИН ІЗ АКТУАЛЬНИХ НАПРЯМІВ РЕФОРМУВАННЯ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

TRANSITION TO SOLITARY CONFINIMENT AS ONE OF THE ACTUAL TRENDS IN REFORMING THE PENITENTIARY SYSTEM OF UKRAINE

Тарасова М.В.,
курсант
Академія Державної пенітенціарної служби

Стаття присвячена аналізу проблеми розміщення засуджених в кримінально-виконавчих установах закритого типу, а саме недостатній відповідності сучасним умовам, європейським стандартам та правилам. Досліджуються напрями та шляхи реформування умов тримання у виправних колоніях з метою приведення їх у відповідність з європейськими нормами розміщення засуджених.

Ключові слова: одиночне утримання, безпека, міжнародні стандарти, реформи системи.

Статья посвящена анализу проблемы размещения осужденных в уголовно-исполнительных учреждениях закрытого типа, а именно недостаточному соответствию современным условиям, европейским стандартам и правилам. В ней исследуются направления и пути реформирования условий содержания в исправительных колониях с целью приведения их в соответствие с европейскими нормами размещения осужденных.

Ключевые слова: одиночное заключение, безопасность, международные стандарты, реформы системы.

In the article the author analyses the problems of convicts' placement in criminal and executive institutions of close type, that is insufficient conformity of modern conditions to European standards and rules. The author investigates trends and ways of reforming the conditions of confinement in correctional colonies with the aim to make them confirm to European norms of convicts' placement.

At present solitary confinement in the Ukrainian penitentiary system is considered as the kind of disciplinary sanction enforced to the convict. But the conditions provided in such confinement are too severe and harsh and are the adequate reaction of the society at breaking the requirements of institutional regulations but such conditions can't be enforced for the whole term of imprisonment and are enforced only for the clearly fixed short term that not only reflects the modern penitentiary experience of the developed countries of Europe but requirements of the international standards in the field of convicts' rights protection as well.

Under general rules solitary confinement is considered as a kind of sanction that is enforced to a convict and means a convict's solitary confinement for 23 hours a day with one-hour walk in the open air and with a minimum contact with others. If convicts break the requirements of the institutional regulations: warming; reprimand; strict reprimand; disciplinary sanction of fine in the amount of two minimum wages; forfeiture of the improved conditionals of confinement.

Solitary confinement will ensure investigating every convict individually and enforcing means of correction and resocialization in the order mostly favorable for an individual.

Key words: solitary confinement, security, international standard, reform of the system.

Розробка комплексу правових засобів запобігання вчинення злочинів в кримінально-виконавчих установах закритого типу є об'єктивною вимогою періоду оптимізації Державної пенітенціарної служби України. Серед детермінантів вчинення злочинів засудженими як під час відбування кримінального покарання в кримінально-виконавчих установах закритого типу, так і після звільнення слід виділити недоліки в розміщенні засуджених, що унеможливлює здійснення належного нагляду за їх поведінкою, особливо у нічний час, що створює тернисту перепону, яка суттєво перешкоджає у застосуванні по відношенню до засуджених засобів виправлення та ресоціалізації.

Один з можливих способів усунення даного негативного фактору є зміна умов тримання засуджених на одиночне утримання, що унеможливить вчинення ними та по відношенню до них протиправних дій, надасть засудженому відчуття захищеності державою та вплине на створення у нього мотиваційної готовності до самокерованої правослухняної поведінки.

Одиночне утримання в українській пенітенціарній системі на теперішній час розглядається лише як вид дисциплінарного стягнення, що застосовується до засудженого. Але умови, які створюються під час такого утримання занадто жорстокі та суворі, що є адекватною реакцією суспільства на вчинення злісних порушень режиму відбування кримінальних покарань, проте такі умови не можуть застосовуватись протягом всього періоду відбування покарання, застосовуються лише на чітко визначений невеликий термін, що в повній мірі не тільки відображає сучасну пенітенціарну практику розвинутих країн Європи, а і вимоги міжнародних стандартів у галузі захисту прав засуджених [1]. Тому доцільно розглянути одиночне утримання засуджених не як дисциплінарне стягнення, а як засіб забезпечення більш комфортного тримання засудженого з поміщенням його в одиночну камеру, або кімнату лише на нічній час та з усіма необхідними йому умовами. Такі умови відбування покарання забезпечать безпеку засудженого та зменшать негативний вплив оточуючого його криміногенного середовища.

Теоретичною базою дослідження зазначеної проблеми стали праці вітчизняних та зарубіжних фахівців з кримінально-виконавчого права, кримінології, кримінального права, зокрема: Ю. М. Антоняна, О. М. Бандурки, І. Г. Богатирьова, І. В. Боднара, Є. М. Бодюла, В. В. Василевича, А. Д. Глоточкіна, В. В. Голіна, О. М. Гуміна, О. І. Гурова, С. І. Дементьєва, Т. А. Денисової, О. М. Джужи, В. А. Єлєонського, В. П. Ємельянова, А. Ф. Зелинського, І. В. Іванькова, О. Г. Колб, І. М. Копотуна, О. М. Литвака, О. М. Литвинова, В. В. Лунєєва, О. А. Мартиненка, М. П. Мєлєнтьєва, М. С. Пузирьва, Г. О. Радова, О. П. Северова, В. П. Севастьянова, І. С. Сергеєва, А. Х. Степанюка, О. О. Титаренка, В. М. Трубникова, С. Я. Фаренюка, С. І. Халимона, С. В. Царюка, Ю. В. Шинкарьова та ін.

Очевидною є роль колективу в моральному стані засуджених. Навколишнє оточення намагається сформувати поведінку засудженого у відповідності зі своїми субкультурними нормами, впливаючи на нього та поширюючи свій авторитет. Утримання засуджених у звичайних житлових приміщеннях ще більше сприяє розвитку субкультури в колоніях та поширенню неформальної, в більшості своїй злочинної, ієрархії серед засуджених.

У радянські часи тримання засуджених у звичайних житлових приміщеннях було обумовлене переповненістю колоній та нестачею місця для розміщення засуджених, бажанням контролювати поведінку засуджених методом колективного впливу. Але на теперішній час стає зрозумілою недоцільність таких умов тримання, у результаті чого набула розвитку концепція утримання засуджених з наданням вільного переміщення у денний час та ізоляцією у одиночній камері та кімнаті у нічний час.

Проте і сьогодні існують суперечки щодо матеріально-побутового забезпечення засуджених.

Доволі тривалий час науковці дотримувались точки зору, що в умовах одиночного утримання люди стають агресивними та тривожними, схильними до галюцинацій та різких перепадів настрою, нездатними контролювати свою поведінку.

Зауважимо, що негативні висновки щодо наслідків одиночного утримання засуджених були зроблені вченими за тих часів, коли вітчизняна пенітенціарна система ще не знала розгулу тюремної субкультури та інших феноменів системи виконання та відбування покарання.

У свою чергу прихильники одиночного утримання засуджених стверджували, що за такої системи засуджений зберігає свою людську гідність, почуття честі та індивідуальної відповідальності, що неможливо при загальному триманні.

Професор С. В. Познишев, підтримуючи цю точку зору, вважав, що розміщення арештантів групами у загальних камерах є найпростішим, але цілком непридатним способом. Негативний вплив такого розміщення є очевидним та неприпустимим. За таких умов, на думку С. В. Познишева, неминуче розвивається статева розпуста, процвітає незаконна торгівля в місцях позбавлення волі забороненими предметами та речами на кшталт горілки, наркотичних засобів та гра у карти тощо [2, с. 63-64].

Також слушною є точка зору Ю. М. Антоняна. Будучи прихильником переходу від колонії до тюремного режиму, він спростував думку про те, що тривале перебування у камері сприяє втраті у людини соціальних інтересів і цінностей. Автор зауважував: «….Необхідне спілкування у засудженого у в'язниці буде. Він зможе дивитися телевізор, ходити на прогулянки та в баню. Але при цьому, на відміну від колоній, тюремне утримання дає людині певну незалежність. Якщо у загоні з ним цілодобово знаходиться декілька десятків людей, то в камері його сусідами стане не більше 3-4 засуджених. Людина буде орієнтуватися тільки на себе, а не думати про те, яке враження про нього складеться у інших засуджених. Адже принцип згінного утримання засуджених вигаданий на світанку радянської влади, коли стало зрозуміло, що тюрми давно переповнені, а всіх ворогів не знищити. Тоді це була необхідна міра……» [3, с. 5].

Як бачимо, видатні науковці того часу вже зазначали про доцільність камерного утримання, наводячи досить вагомі переконання з цього приводу.

Подібну точку зору пропагандують і сучасні науковці. Як зазначають І. Г. Богатирьов та М. С. Пузирьов, існуюча система виправних колоній зі збереженими елементами «загонової» системи лише на папері називається виправною. Оцінивши реальність теперішньої пенітенціарної системи із властивою для місця позбавлення волі кримінальною субкультурою, важко не погодитись з тезою про те, що за усю свою історію ця система нікого не виправила (якщо вести мову про моральне, а не юридичне виправлення), на відміну від незліченної кількості скалічених та втрачених для суспільства душ і зламаних доль [4, с. 21-22].

Саме тому існуюча сьогодні система розміщення і утримання засуджених є, на нашу точку, недосконалою. Засуджені до позбавлення волі тримаються в звичайних житлових приміщеннях у відповідних структурних дільницях.

У звичайних житлових приміщеннях тримаються засуджені, які перебувають у дільниці карантину, діагностики та розподілу протягом 14 днів у виправних колоніях мінімального, середнього рівня безпеки, та максимального рівня безпеки (відповідно до звичайних умов тримання), до їх подальшого розподілу в дільниці ресоціалізації; посиленого контролю; соціальної реабілітації [5, с. 157].

Камерне утримання передбачене також до засуджених, які тримаються у дільниці посиленого контролю виправних колоній максимального рівня, приміщеннях камерного типу виправних колоній максимального рівня безпеки, проте утримання в цих камерах засуджених здійснюється не менш, ніж по дві особи. Одиночне утримання здійснюється лише у виключних випадках з метою забезпечення безпеки засуджених [6, с. 68].

За загальними правилами одиночне утримання розуміється лише як вид стягнення, який застосовується до засудженого і розуміється як утримання засудженого в одиночній камері 23 години на добу з одногодинною прогулянкою на свіжому повітрі та з мінімальними контактами з навколишнім оточенням. Так за порушення встановленого порядку відбування покарання до засуджених можуть застосовуватися такі заходи стягнення: попередження; догана; сувора догана; дисциплінарний штраф у сумі до двох мінімальних розмірів заробітної плати; скасування поліпшених умов тримання, передбачених статтями 138-140 і 143 Кримінально-виконавчого кодексу України; поміщення засуджених чоловіків, які тримаються у виправних колоніях, у дисциплінарний ізолятор з виведенням або без виведення на роботу чи навчання на строк до п'ятнадцяти діб, а засуджених жінок – до десяти діб; поміщення засуджених, які тримаються в приміщеннях камерного типу виправних колоній максимального рівня безпеки, в карцер без виведення на роботу на строк до п'ятнадцяти діб; переведення засуджених, які тримаються у виправних колоніях, крім засуджених, які тримаються у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, до приміщення камерного типу (одиночної камери) на строк до трьох місяців [7].

Спираючись на міжнародний досвід та численні договори в галузі поводження із засудженими необхідним кроком є будівництво нових пенітенціарних установ, якими, на нашу думку, і спираючись на позитивний зарубіжний досвід, мають стати тюрми. Але тюрми, влаштовані по системі одиночного тримання, про що в своєму виступі і зазначив Міністр юстиції П. Д. Петренко [8, с. 1].

Перевага одиночного камерного утримання в нічний час з обов'язковою ізоляцією засуджених один від одного над триманням їх у приміщеннях із загальними умовами тримання полягає, перш за все, у максимальному наближенні досягнення мети виправлення засуджених, що ставиться перед кримінальним покаранням.

Тримання засуджених у тюрмах по одному (одиночне тримання) дозволить вивчити індивідуально кожного засудженого та застосовувати засоби виправлення і ресоціалізації в обсягах та порядку, найбільш сприятливих індивідуальним особливостям кожного із них.

В Мінімальних стандартних правилах ООН зазначаються певні положення щодо поводження із засудженими та умов їх утримання. Відповідно до Правил, кожен із засуджених повинен мати окрему камеру чи кімнату.

Там, де є загальні камери, розміщених в них засуджених слід ретельно оглядати, щоб упевнитися, що вони здатні жити разом в таких умовах. Вночі слід проводити постійний нагляд, спільний з режимом тюрми.

Всі приміщення, якими користуються засуджені, особливо всі спальні приміщення, повинні відповідати всім санітарним вимогам, особливу увагу слід звертати на кліматичні умови, особливо на розмір цих приміщень, на їх мінімальну площу, на освітлення, опалення та вентиляцію [1].

Саме тому, ми вважаємо, що в структурних дільницях карантину, діагностики та розподілу, ресоціалізації та посиленого контролю кримінально-виконавчих установ закритого типу необхідно створити умови, за яких засуджений у нічній час передував би в одиночній камері або кімнаті з наявністю всіх необхідних умов для його безпеки та комфорту. В дільницях соціальної реабілітації виправних колоній створювати умови для одиночного тримання не так необхідно, як в умовах жорсткого ізольованого тримання в інших структурних дільницях.

Досліджуючи питання одиночного утримання засуджених, слід звернути увагу на економічну затратність переходу всієї системи колоній на одиночне утримання засуджених, за якої в кожній камері мають бути створені санітарні та гігієнічні умови для засудженого, що не вимагає утримання засуджених у приміщеннях із загальними умовами тримання.

Враховуючи викладене вище, в основу реформи вітчизняної пенітенціарної системи повинно бути покладено перегляд ставлення кримінально-виконавчого законодавства в частині розміщення засуджених та їх матеріально-побутового забезпечення.

У майбутньому реформа повинна передбачати ліквідацію виправних колоній та перехід від тримання засуджених у приміщеннях із загальними умовами до одиночного утримання засуджених у нічний час.

Запропоновані нововведення за нашим переконанням мають знизити негативний взаємовплив засуджених і привести до ліквідації неформальної субкультури серед засуджених.

Перехід системи колоній на одиночне утримання у нічний час дозволить збільшити вплив на поведінку засудженого, спокутування його вини, запобігання вчиненню нового злочину, зменшить небезпеку для засудженого з боку інших негативно спрямованих засуджених, їхній негативний вплив на нього, виключить будь-які стосунки між засудженими, запобігатиме заворушенням і змові проти адміністрації колонії, виключить взаємне розбещення засуджених, утворення злочинних груп, збереже у засудженого людську гідність, відчуття честі та індивідуальної відповідальності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Правила Манделы. Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций в отношении обращения с заключенными / сост. А. П. Букалов. – Харьков : ООО «Издательство права человека», 2015. – 40 с.

2. Познишев С. В. Очерки тюрьмоведения / С. В. Познишев. – М. : Издательство Московского университета. – 1915. – 344 с.

3. Антонян Ю. М. Нам стоит поучится у Запада! / Ю. М. Антонян // Преступление и наказание. – 2009. – № 12. – С. 5.

4. Порівняльне кримінально-виконавче право: навчальний посібник / за заг. ред. І. Г. Богатирьова. – К. : Інститут кримінально-виконавчої служби. – 2013. – 140 с.

5. Кримінально-виконавче право : підручник / В. В. Голіна, А. Х. Степанюк, О. В. Лисоєд та ін. / за ред. В. В. Голіної і А. Х. Степанюка. – Х. : Право. – 2015. – 392 с.

6. Рудник Т. М. Гуманістичне спрямування реформ у сфері виконання кримінального покарання у виді позбавлення волі і поводження із засудженими / За ред. Рудник Т. М. // Судова Апеляція. – 2009. – № 1 (14). – С. 68.

7. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11 липня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 33. – 96 с.

8. Проти Мін'юсту виступив великий бізнес, аби зупинити реформу тюрем і СІЗО : анонс міністра юстиції Петренко в пенітенціарній системі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://fakty. ictv.ua/ua/index/ read-news/id/1576382

УДК 343.241

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЗМІНИ ПОРЯДКУ ЗАРАХУВАННЯ СУДОМ СТРОКУ ПОПЕРЕДНЬОГО УВ'ЯЗНЕННЯ У СТРОК ПОКАРАННЯ

CRIMINAL LAW CONSEQUENCES OF CHANGING THE PROCEDURE OF ENROLLMENT OF PRE-TRIAL DETENTION IN CUSTODY PERIOD IN THE TERM OF PUNISHMENT

Туваклієва М.М.,
студентка
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті аналізуються та піддаються обґрунтованій критиці положення Закону України «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання», виокремлюються найбільш суттєві недоліки цього акту та проблеми, що виникають при його практичному застосуванні.

Ключові слова: запобіжні заходи, тримання під вартою, призначення покарання, позбавлення волі, довічне позбавлення волі.

В статье анализируются и подвергаются обоснованной критике положения Закона Украины «О внесении изменения в Уголовный кодекс Украины относительно усовершенствования порядка зачисления судом срока предварительного заключения в срок наказания», определяются наиболее существенные недостатки этого акта и проблемы, возникающие при его практическом применении.

Ключевые слова: меры пресечения, содержание под стражей, назначение наказания, лишение свободы, пожизненное лишение свободы.

The article analyzes and criticizes provisions of the law of Ukraine «On amendments to the Criminal Code of Ukraine concerning improvement of the procedure for enrollment by the court of pre-trial detention period in the term of punishment» (also named as Nadiya Savchenko Act). Author distinguishes the most significant disadvantages of this law and the problems that arise in its practical application. Article explains the contents of this legal act, clarifies the issues regarding retroactivity of this law. Also, the features of consideration its provisions in sentencing and calculation of the quashing of the criminal record and in application of clemency to persons, who were sentenced to life imprisonment are noticed. The author also consider that the provisions of this Act provide unjustified benefits to persons who were detained in custody in pre-trial, because the term of detention is included in the term of imprisonment in double size. As a result, the most dangerous criminals have managed to get out of prisons much earlier or significantly reduce a term of punishment. Article points that this law causes a threat to the public security as its application can result in a significant worsening of the crime situation in Ukraine. Author also notes that the amendments adopted by Savchenko Act don't perform scheduled tasks and cause significant harm to the public interests. Therefore there is proposed to abolish that act and revert to the previous edition of article 72 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: punishment, detention in custody, assignment of punishment, imprisonment, life imprisonment.

У контексті постійного реформування кримінального законодавства особливої уваги заслуговують нововведення, запроваджені Законом України № 838-VIII «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» (т. зв. «Закон Савченко»), який передбачає зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі (абз. 1 ч. 5 ст. 72 КК України в редакції Закону) [1]. Зміни, запроваджені цим Законом, суттєво вплинули на якість та ефективність кримінального законодавства. Зокрема, виникли суттєві проблеми при практичному застосуванні положень про призначення покарання та його відбування особами, щодо яких на етапі досудового розслідування застосовувався такий запобіжний засіб як тримання під вартою.

У вітчизняній кримінально-правовій науці у різних аспектах тема призначення покарання достатньо широко висвітлювалась у працях таких вчених як М. І. Бажанов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, Ю. А. Пономаренко, В. О. Навроцький, М. І. Хавронюк, А. А. Дудоров та багатьох інших. Проте питанню зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання та наслідків такого зарахування увага майже не приділялась.

Метою статті є виявлення окремих недоліків законодавчої регламентації порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання і формулювання на цій основі авторських позицій щодо їх усунення.

Останнім часом вітчизняне законодавство, у тому числі і кримінальне, зазнає істотних змін, які, на жаль, мають безсистемний та хаотичний характер і вкрай рідко зумовлені реальними потребами життя суспільства. Натомість, процес законотворення в Україні відбувається під постійним політичним тиском, у результаті чого зміни до законодавства позбавлені наукового обґрунтування і часто вступають у суперечність з іншими нормативно-правовими актами та потребами практики. Через це закон перестав бути ефективним механізмом реагування держави на суспільні проблеми. Питання, які реально потребують врегулювання, або взагалі залишаються без належної уваги законодавця, або ж вирішуються вкрай неефективними способами.

У цьому контексті положення Закону Савченко набувають особливої актуальності. Так, ще у Пояснювальній записці до проекту цього Закону, зазначалось, що його прийняття було зумовлено потребою приведення у відповідність до міжнародних стандартів умов тримання під вартою [2]. Безумовно, така необхідність існує. Умови утримання в установах попереднього ув'язнення, як мінімум, є незадовільними, як максимум – порушують основоположні права затриманих осіб. На цю проблему у справах проти України неодноразово вказував у своїх рішеннях Європейський Суд з прав людини (далі – ЄСПЛ). Їх аналіз дає підстави стверджувати, що найбільш типовими порушеннями вимог щодо умов тримання під вартою є: 1) недостатня площа та переповненість камер (рішення у справі «Андрій Яковенко проти України»); 2) незабезпечення умов приватності (рішення у справі «Коберник проти України»); 3) порушення санітарно-гігієнічних умов щодо освітлення, температури, провітрювання тощо (рішення у справі «Горбатенко проти України»). У всіх подібних справах ЄСПЛ визнає умови тримання під вартою нелюдськими та такими, що принижують гідність, констатуючи при цьому порушення ст. 3 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [3]. ЄСПЛ також вказує на системний характер таких порушень та вимагає проведення реформування пенетенціарної системи України в цілому. Вочевидь, за задумом авторів, внесені цим Законом зміни до КК України мали б усунути зазначені порушення. Проте незрозуміло, яким чином перерахування строків покарання зможе виконати це завдання, перш за все через те, що перераховані ЄСПЛ вимоги не мають відношення до проблем суто кримінально-правового характеру, а тому видається нелогічним, що вони вирішуються у межах КК України. У цьому контексті хотілося б нагадати, що предметом регулювання кримінального права є кримінально-правові відносини, які пов'язані із категоріями злочину, кримінальної відповідальності та інших заходів кримінально-правового характеру. Зважаючи на це, пропозиція проекту щодо закріплення в абз. 4 ч. 5 ст. 72 КК України переліку періодів, які мають включатись до строку попереднього ув'язнення, виходить за межі предмету регулювання даної статті та Кодексу в цілому. Зазначене питання повною мірою врегульоване ст. 197 Кримінального процесуального Кодексу (далі – КПК України) «Строк дії ухвали про тримання під вартою, продовження строку тримання під вартою». Аналогічне зауваження стосується й запропонованого абз. 6 ч. 5 ст. 72 КК України, оскільки порядок звільнення особи з-під варти та негайного припинення дії запобіжних заходів повною мірою врегульовані статтями 202 та 203 КПК України відповідно [4].

Але так вже склалось, що майже всі питання, які виникають в українському суспільстві, вітчизняний законодавець намагається врегулювати методами саме кримінального права, не завжди правильно оцінюючи при цьому їх сутність та принципи застосування. Видається, що у більшості випадків такі намагання не повною мірою відповідають вимогам розумності, обґрунтованості та, як наслідок, є безрезультативними. «Закон Савченко» ще одне підтвердження цієї невтішної статистики.

Окрім сумнівів у доцільності внесення чергових змін до КК України, особливої уваги заслуговує і питання практичного застосування положень, які цей Закон закріпив. Окремі з них викликають серйозні зауваження, зміст яких зводиться до такого.

По-перше, згідно з п. 2 Прикінцевих положень Закон застосовується до всіх осіб, щодо яких на момент набрання його чинності (24 грудня 2015 року) вступив у силу обвинувальний вирок суду, покарання за яким не відбуте повністю. Таке формулювання дає підстави для неоднакового тлумачення цієї норми. Зокрема, деякі правники вважають, що особи, вирок стосовно яких набрав законної сили пізніше 24 грудня 2015 року, взагалі не підпадають під дію цього акту. Проте такий підхід видається сумнівним, адже в останньому абзаці ч. 5 ст. 72 КК України зазначається, що у разі, якщо до винесення вироку строк попереднього ув'язнення, відбутий особою, у відповідності до встановленого у Законі співвідношення строків, перевищуватиме максимально можливий строк позбавлення волі, передбачений Особливою частиною цього Кодексу для злочину (злочинів), у якому (яких) підозрюється така особа, така особа має бути негайно звільнена судом з-під варти. Це означає, що відтепер попереднє ув'язнення не може тривати довше ніж половина максимального строку покарання, що може бути застосоване до особи, взятої під варту. У цій частині Закон матиме зворотню дію у часі, адже його положення безумовно покращують становище особи, а, отже, відповідно до ст. 5 КК України, мають поширюватись і на випадки, що мали місце до набрання ним чинності. Це, у свою чергу, означає, що положення цього Закону застосовуються і до тих осіб, вирок щодо яких не набрав законної сили до 24 грудня 2015 року. Однак слід відзначити певні особливості, які полягають у тому, що:

а) для осіб, вирок стосовно яких вже набрав законної сили, термін попереднього ув'язнення перераховується по відношенню до реально призначеного покарання;

б) для осіб, вирок щодо яких не винесено – по відношенню до максимально можливого строку позбавлення волі, передбаченого як покарання за злочин, у якому така особа підозрюється.

По-друге, слід звернути увагу, що тримання під вартою застосовується до осіб, що підозрюються або обвинувачуються у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину, або є підстави вважати, що особа перешкоджатиме кримінальному провадженню (ч. 2 ст. 183 КПК України). Відтак, виникає ситуація, за якої особи, що намагаються перешкодити кримінальному провадженню і ухилитися від покарання (у зв'язку з чим і тримаються під вартою) одержують певну «пільгу» порівняно із тими підозрюваними (обвинуваченими, засудженими), які своїми діями допомагають (допомагали) органам досудового розслідування, оскільки строк тримання під вартою буде зараховано у строк призначеного покарання у виді позбавлення волі у подвійному розмірі. Отже, за умови призначення покарання у виді позбавлення волі в однаковому розмірі, строки його фактичного відбування для осіб, до яких попередньо застосовувалось тримання під вартою, будуть меншими за аналогічні строки для осіб, до яких такий запобіжний захід не застосовувався.

По-третє, викликає зауваження і зміст абз. 3 ч. 5 ст. 72 КК України. У ньому встановлено, що при призначенні особі, до якої застосовувалось тримання під вартою, основного покарання, не зазначеного у ч. 1 ст. 72, суд зобов'язаний повністю звільнити засудженого від відбування такого основного покарання. За цих умов, особа, що ухилялась від сплати податків на суму достатню для кваліфікації її діянь за ст. 212 КК України, санкція якої передбачає основне покарання у виді штрафу, має бути повністю звільнена від його відбування, якщо до неї застосовувалось тримання під вартою.

Видається, що надання подібних «пільг» є невиправданим. Адже відтепер строки перебування під вартою не тільки не будуть зменшені, а й навпаки значно збільшаться, адже, зрозуміло, що особа, стосовно якої обрано такий запобіжний захід, всіма можливими засобами буде затягувати процес досудового розслідування задля того, щоб скоротити строк відбування покарання, яке їй буде призначено. А у випадку із покараннями, які не зазначені у ч. 1 ст. 72, особі достатньо буде і дня перебування під вартою, щоб у подальшому бути повністю звільненою від такого покарання. Навряд чи автори очікували саме таких наслідків від законопроекту, завданнями якого визначено гуманізацію пенітенціарної системи та зменшення строків утримання в установах попереднього ув'язнення.

По-четверте, законодавцем не вирішено питання щодо застосування інституту судимості до осіб, які внаслідок зазначеного у Законі перерахунку будуть повністю звільнені від відбування покарання. Видається логічним, що ці особи мають вважатись такими, що покарання відбули, а строки погашення судимості належить розраховувати з моменту винесення рішення про звільнення.

Також виникають проблеми із застосуванням багатьох заохочувальних норм КК України. Оскільки Закон змінює порядок обчислення строків покарання, він впливає на визначення дати, з якої можливе застосування умовно-дострокового звільнення, заміни покарання більш м'яким та ін. Крім того, окремо слід звернути увагу на особливості застосування помилування до осіб, яким призначено покарання у виді довічного позбавлення волі і до яких на етапі досудового розслідування застосовувалось тримання під вартою. Так, відповідно до ч. 2 ст. 87 КК України, покарання таким особам може бути замінено позбавленням волі на строк не менше 25 років. При цьому, у п. 4 «Положення про порядок здійснення помилування», затвердженого Указом Президента України від 21 квітня 2015 року зазначається, що у випадку засудження особи до довічного позбавлення волі, клопотання про її помилування може бути подано після відбуття нею не менше 25 призначеного покарання [5]. Виникає питання щодо можливості перерахування також і цих строків стосовно осіб, до яких на стадії досудового розслідування застосовувалось тримання під вартою. По-перше, незрозуміло, чи має бути зарахований час, проведений у слідчому ізоляторі, в подвійному розмірі у 20-річний строк, необхідний для подачі клопотання про помилування? По-друге, у разі заміни в порядку помилування довічного позбавлення волі позбавленням волі на строк не менше 25 років, чи підлягає час тримання такої особи під вартою зарахуванню у строк відбуття нею «нового» покарання із розрахунку день за два? Законодавець, на жаль, відповідей на ці питання не дає. Але, проаналізувавши практику застосування інституту помилування до осіб, щодо яких обирався такий запобіжний захід як тримання під вартою, відповіді на ці питання віднайти вдалось. Так, на офіційному сайті Президента України була подана інформація, у якій вказувалось: «серед помилуваних у 2015 році немає довічно засуджених, проте було отримано кілька клопотань від таких осіб, які вже відбули по 20 років призначеного їм покарання» [6]. Слід звернути увагу, що довічне позбавлення волі в Україні як вид покарання почало призначатись лише у 2000 році, а, отже, особи, засуджені до такого виду покарання, відбули максимум 16 років (а не 20, як вимагається у Положенні), проте клопотання від них були прийняті до розгляду. З цього можна зробити висновок, що у строк, необхідний для виникнення права на подання клопотання про помилування, був зарахований строк перебування під вартою. А, отже, і за новими правилами цей строк має бути зарахований, але вже у подвійному розмірі. Аналогічно має вирішуватись це питання і в разі заміни в порядку помилування довічного позбавлення волі позбавленням волі на строк не менше 25 років. Тобто, час тримання особи під вартою підлягає зарахуванню у строк відбуття нею «нового» покарання із розрахунку день за два.

Особливу занепокоєність викликає той факт, що за даними Пенітенціарної служби під дію цього Закону підпадає приблизно 50000 засуджених, 80% з них – це особи, засуджені за тяжкі та особливо тяжкі злочини, кожен 6-ий – за вбивство. І це у той час, коли рівень злочинності в Україні суттєво підвищився, а органи МВС України, прокуратури та судової системи знаходяться на стадії реформування. Очевидно, що за таких обставин прийняття вказаного Закону не тільки ускладнює роботу правоохоронних органів, а й створює небезпеку для суспільства в цілому. Про це неодноразово зазначалось багатьма правниками ще до його прийняття, коли була можливість уникнути подібних проблем. Проте, лише зараз, коли суспільство вже реально відчуло невтішні наслідки від дії цього акту, з'явились спроби їх усунути. Так, на офіційному сайті Верховної Ради України було зареєстровано законопроект від 05 лютого 2016 року № 4032, яким пропонувалося виправити ситуацію, що склалась, додавши до ст. 72 КК України частину, яка передбачатиме, що встановлені в ч. 5 цієї статті правила співвідношення видів покарань не поширюються на осіб, засуджених або таких, що підозрюються у вчиненні тяжких або особливо тяжких злочинів [7]. Проте і ця спроба видається марною, адже відповідно до ч. 4 ст. 5 КК України, якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що поліпшує становище особи. Тобто, навіть якщо цей законопроект і буде прийнятий, то він застосовуватиметься лише до тих осіб, які вчинять злочин після набрання ним чинності, тож суттєвих покращень від цих спроб також очікувати не варто.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що зміни, внесені до КК України вказаним Законом, не тільки не виконують запланованих завдань, а й завдають суттєвої шкоди інтересам суспільства. На наш погляд, цей акт необхідно скасувати, повернувши ст. 72 КК України до попередньої редакції. У протилежному випадку в найближчий час його застосування може призвести до значного погіршення криміногенної ситуації в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання : Закон України від 26 листопада 2015 року № 838-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/838-19
2. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» від 26 листопада 2015 року № 838-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56953
3. Конвенція про захист прав та основоположних свобод від 04 листопада 1950 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 246.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651– VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.
5. Про Положення про здійснення помилування : Указ Президента України від 19 липня 2005 року № 1118/2005 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 29. – Ст. 98.
6. Цього року Президент помилував 67 засуджених [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.president.gov.ua/news/cogo-roku-prezident-pomiluvav-67-zasudzhenih-36554
7. Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання) : Проект Закону України від 05 лютого 2016 року № 4032 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58088

УДК 343.232:350.071.2(477)

ЗАСАДИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ В УМОВАХ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

FUNDAMENTALS INTRODUCTION CRIMINAL OFFENSES UNDER SUSTAINABLE DEVELOPMENT UKRAINE

Федотова Г.В.,
к.ю.н., с.н.с., начальник науково-організаційного відділу
Державний науково-дослідний інститут МВС України

У роботі визначено запровадження кримінального проступку як сучасну тенденцію та перспективний напрямок сталого розвитку України. Наведено загальні засади щодо сталого розвитку суспільства в цілому. Обумовлено важливість закріплення кримінального проступку нормами кримінального права для підвищення рівня захисту прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, що є основним завданням реформування правоохоронної системи згідно зі «Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020».

Ключові слова: сталий розвиток, стратегія, реформування, кримінальний проступок.

В работе определено введение уголовного проступка как современную тенденцию и перспективное направление устойчивого развития Украины. Приведены общие основания устойчивого развития общества в целом. Обусловлена важность закрепления уголовного проступка нормами уголовного права для повышения уровня защиты прав и свобод человека, а также интересов общества и государства от противоправных посягательств, что является основным заданием реформирования правоохранительной системы согласно «Стратегии устойчивого развития «Украина – 2020».

Ключевые слова: устойчивое развитие, стратегия, реформирование, уголовный проступок.

The paper identified the introduction of the criminal offense as a modern trend and promising area of sustainable development of Ukraine. Some general principles on sustainable development as that which meets the needs of today without compromising the ability of future generations to meet their own need. Caused importance of approving a criminal offense criminal law to improve protection of human rights and the interests of society and state from illegal encroachments, which is the main task of reforming the law enforcement system in accordance with the «Strategy of sustainable development «Ukraine – 2020». Proved that the criminal law and criminal law policy should take into consideration the basic processes of sustainable development that contribute to further the effectiveness of the criminal law in practice. Addressing the issue of introducing a criminal offense, which certainly meets modern social assessment of socially dangerous behavior must take place in conditions of sustainable development, the dynamic changes in the criminal law within the paradigm of criminal science.

Key words: sustainable development, strategy, reforming criminal offense.

Найперспективнішою ідеологією XXI ст. і навіть усього третього тисячоліття, визначається ідея сталого розвитку суспільства, яка, на думку теоретиків, з поглибленням наукової обґрунтованості, витіснить усі наявні світоглядні ідеології як такі, що є фрагментарними, неспроможними забезпечити збалансований розвиток цивілізації.

Враховуючи основні принципи сталого розвитку, всі перетворення, які відбуваються у суспільстві, мають бути спрямовані на утвердження засад гуманізму, демократії і цінностей громадянського суспільства, а також розуміючи те, що наша країна знаходиться на шляху до євроінтеграції, особливої актуальності набувають процеси реформування кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінологічної та кримінально-виконавчої політики в напрямку гуманізації. Важливу складову зазначених процесів слід вбачати у запровадженні нового кримінально-правового інституту – «кримінального проступку», який, на нашу думку, доцільно було б проаналізувати відповідно до умов сталого розвитку України.

Оглядаючи ретроспективно ідеї виникнення сталого розвитку, значним внеском відзначається створене майже століття тому вчення академіка В. І. Вернадського про ноосферу (грец. «ноос» – розум і «сфера» – куля), в основу якого поклав ідею про єдність людини і природи, їхній тісний взаємозв'язок і взаємний вплив.

В. І. Вернадський з його геніальною прозорливістю значною мірою випередив свій час. Людство підійшло до розуміння його ідей значно пізніше, у другій половині XX ст., коли реальна дійсність, практика виробництва, розподілу і споживання виявили небезпеку і згубність подальшого слідування засадам індустріальної моделі економічного, та й не лише економічного, а усього суспільного розвитку [1].

У 1992 році у Ріо-де-Жанейро відбулася Конференція ООН з питань навколишнього середовища і розвитку, в результаті якої було ухвалено «Декларацію Ріо» і визнана домінантною ідеологією функціонування людської цивілізації у XXI ст. Концепцію сталого розвитку. Виходячи з матеріалів Конференції ООН (1992 рік), сталий розвиток суспільства розглядався як такий, що задовольняє потреби сучасності, не ставлячи під загрозу здатність наступних поколінь задовольняти свої власні потреби [2].

Словосполучення «сталий розвиток» є перекладом з англійської мови: «sustainable development» означає дослівно «розвиток, що підтримується» («sustain» – опора, підтримувати, витримувати). Російською мовою перекладається як «устойчивое развитие».

У межах сучасних дослідницьких підходів сформувалась значна кількість різного характеру визначень сутності поняття «сталий розвиток», якими вчені описали процеси розвитку на рівні організаційних систем (біологічних, соціально-економічних, політичних, географічних). Інноваційний світ, на думку вчених, суттєво впливаючи на суспільство в цілому, перетворює його на суспільство сталого розвитку в якісно новій фазі постіндустріального (постекономічного) суспільства. Поняття цього суспільства визначає і новий соціальний порядок, який відрізняється від попередніх форм першочерговим значенням і роллю особистості в соціальній структурі. При переході до суспільства сталого розвитку соціально-економічний прогрес має втілюватися не так у нарощуванні обсягу вироблених матеріальних благ, як у зміні ставлення людини до самої себе і свого місця у навколишньому світі. Сталий розвиток ставить питання про мету існування людини і суспільства, вимагає перегляду взаємовідносин між людиною і природою, а також соціальної справедливості і рівності, охоплюючи дві найважливіші ідеї. По-перше, цей розвиток передбачає вирішення економічних, соціальних та екологічних проблем, розвиток буде сталим тільки тоді, коли буде досягнута рівновага між різними факторами, що зумовлюють загальний рівень життя. По-друге, нинішнє покоління має обов'язок перед прийдешніми поколіннями залишити достатні запаси соціальних, природних та економічних ресурсів для того, щоб вони могли забезпечити для себе рівень добробуту не нижчий, ніж той, що ми маємо зараз. Відповідно, в центрі Концепції сталого розвитку стоїть людина, бо вона сама з її потребами є метою суспільної діяльності, і вона ж є основним фактором досягнення мети. Спираючись на розширення варіантів вибору людини як головну цінність, Концепція сталого розвитку передбачає, що людина повинна брати участь у процесах, які формують сферу її життєдіяльності, сприяти прийняттю і реалізації рішень, контролювати їх виконання.

Таким чином, сучасне розуміння Концепції сталого розвитку бере до уваги не лише економічний чи еколого-економічний, а й суспільний (соціальний) вимір з його політологічними, ідеологічними, моральними, культурологічними складовими. Вже зрозуміло, що доля цивілізації залежить не лише від ставлення людини до природи, а від спадкоємності поколінь у розумінні життєвих потреб, як матеріальних, так і духовних, у збереженні загальнолюдських, цивілізаційних цінностей, традицій гуманізму. Відповідно, сталий розвиток має забезпечити не лише біологічне виживання людини (людства), а й накопичення, збереження й передачу потенціалу, створювати керований системно-збалансований розвиток, який не руйнує, а збалансовує ту чи іншу систему.

Концепт сталого розвитку формувався суспільством поступово, з часом його гострота не спадала, а навпаки – зростала. І це зумовлено великою увагою, що приділяється йому в усьому світі урядами, громадськими організаціями, вченими, пересічними людьми. Але, на жаль, зусилля світової співдружності у напрямі реалізації сталого розвитку не протиставне загрозам, які провокує людська цивілізація. Такий стан потребує змін самої парадигми розвитку, що сформувалася вже в далекому минулому і не відповідає сучасним реаліям, до яких перш за все відноситься глибина та швидкість зміни умов життєдіяльності людини.

Україна офіційно підтримала ряд міжнародних рішень щодо сталого розвитку, таких як «Повістка дня на XXI століття» [3] (Ріо-де-Жанейро, 1992 рік), Декларація Тисячоліття ООН [4] (2000 рік), Йоханессбурзька декларація [5] та План реалізації рішень Всесвітнього саміту ООН зі сталого розвитку [6] (Йоганнесбург, 2002 рік), «Майбутнє, якого ми прагнемо» [7] (Ріо-де-Жанейро, 2012 рік).

Сталий розвиток вже є основою формування політик країн ЄС та багатьох інших країн світу, у тому числі пострадянських, таких як Республіка Білорусь, Киргизстан, Узбекистан, Казахстан та інших, де прийняті національні стратегії сталого розвитку. Україна на той час знаходилась осторонь загальновизнаного світовою спільнотою курсу розвитку.

За роки незалежності в Україні було здійснено кілька спроб створити та затвердити на законодавчому рівні Концепцію сталого розвитку країни, але жодна з них не увінчалась успіхом. Після підписання 21 березня 2014 року політичної частини Угоди про асоціацію з ЄС [8] для України ще гостріше постає питання щодо визначення орієнтирів і пріоритетів розвитку країни та прийняття національної стратегії сталого розвитку у найкоротші строки. Як результат такої діяльності 12 січня 2015 року Указом Президентом України № 5/2015 було схвалено «Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» [9] (далі – Стратегія). Метою Стратегії стало впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі. В межах реалізації стратегії передбачається проведення 62 реформ та програм розвитку держави. Однією з важливих реформ є реформування правоохоронної системи з метою підвищення рівня захисту прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави від протиправних посягань. Стратегічним індикаторам щодо реалізації зазначеного напряму реформування має бути досягнення 70% рівня довіри громадян до органів правопорядку, які планується отримати за результатами загальнонаціонального опитування.

Відповідно, сталий розвиток як форма соціальної динаміки стосується всіх сфер життєдіяльності людини, в тому числі і кримінально-правової сфери. Сталий розвиток в даній сфері доцільно визначати в системно-збалансованому розвитку кримінально-правової політики та кримінально-правових норм законодавства України.

На жаль, на сьогодні не найкращим прикладом в даному контексті виступає процедура закріплення кримінального проступку у нормах кримінально-процесуального права. Законодавець, не дотримуючись логічної послідовності та вимог нормотворчості, шляхом прийняття Кримінального процесуального кодексу України 2012 року [10] затвердив поняття «кримінального проступку» як окремого виду кримінального правопорушення, при цьому залишивши без змін норми кримінального (матеріального) права.

Але, як ми добре знаємо, будь-яка юридична норма, і перш за все нова, відображається в єдності з іншими приписами щодо регулювання суспільних відносин в певній сфері. Нова норма з'являється тоді, коли зміни в соціальному житті поступово накопичуються та досягають якісно нового стану, вимагаючи принципово цю нову юридичну норму. Нові суспільні відносити змінюють попередні, а нова прийнята юридична норма, яка регулює

ці відносини, скасовує старі правові приписи. Тому, ми розуміємо, що внесені зміни до кримінально-правових норм з метою запровадження кримінального проступку мають об'єктивні підстави, пов'язані із напрямами соціально обумовленої кримінально-правової політики у суспільстві, але потребують подальших дій щодо закріплення кримінального проступку у нормах кримінального (матеріального) права.

Основною ідеєю запровадження кримінального проступку є реалізація державної політики з питань гуманізації кримінального права шляхом перекласифікації окремих нетяжких злочинів на кримінальні проступки і отримання обвинуваченими в здійсненні кримінальних проступків усіх процедурних прав і гарантій кримінального процесу, яких зараз ці особи позбавлені у провадженні про адміністративні правопорушення.

Також передбачається, що до осіб, які вчинятимуть кримінальні проступки, під час кримінального провадження не застосовуватиметься запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, а також набуття законної сили обвинувального вироку у зв'язку з проступком не спричинятиме визнання засудженої особи як такої, що має судимість. Саме за цією ознакою кримінальна відповідальність за кримінальні проступки відрізнятиметься від інших видів юридичної відповідальності (адміністративної, дисциплінарної тощо).

Введення нового інституту значно спростить процедуру кримінального провадження шляхом проведення досудового розслідування кримінальних проступків у формі дізнання. Крім того, у разі віднесення до кримінальних проступків низки правопорушень, передбачених нині Кодексом України про адміністративні правопорушення, суб'єкти таких діянь отримають права, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом України, такі як: право на захист, право на оскарження, можливість брати участь у процесі, залучати свідків тощо, це значно підвищить рівень захисту їх прав і свобод.

Крім того, не слід забувати і про завдання щодо підвищення якості кримінального законодавства України, яке має забезпечуватися з урахуванням двох основних складових сталого розвитку – динаміки і стабільності, балансу між ними. Два зазначені процеси мають діалектично поєднуватися з метою покращення кримінального законодавства. Це говорить про те, що не доцільно положення щодо кримінальних проступків вводити шляхом прийняття окремого закону України «Про кримінальні проступки», а достатньо внести зміни до Кримінального кодексу України, який містить кримінально-правові норми, що визначають загальні положення кримінального права, злочинність та караність діянь, види цих діянь та покарань за їх вчинення, підстави, обсяг та межі кримінальної відповідальності, підстави звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання.

Отже, кримінально-правова політика і кримінальне законодавство повинні взаємодіяти з урахуванням основних складових сталого розвитку, що обумовлюють в подальшому ефективність застосування кримінального законодавства у практичній діяльності. Вирішення питання щодо запровадження кримінального проступку суттєво підвищить рівень захисту прав і свобод людини, що є основним завданням реформування правоохоронної системи згідно зі «Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020».

ЛІТЕРАТУРА

1. Яншина Ф. Т. Эволюция взглядов В. И. Вернадского на биосферу и развитие учения о ноосфере / Ф. Т. Яншина // Институт геохимии и аналитической химии им. В. И. Вернадского. – М. : Наука, 1996. – 222 с.

2. Комісія ООН зі сталого розвитку [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/russian/esa/desa/aboutus/dsd.html

3. «Повестка дня на XXI век» [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agenda21.shtml

4. Декларация тысячелетия Организации Объединенных Наций [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml

5. Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/decl_wssd.shtml

6. План выполнения решений Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/events/pastevents/pdf/plan_wssd.pdf

7. Будущее, которого мы хотим [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/12/PDF/N1147612.pdf?OpenElement

8. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://comeuroint.rada.gov.ua/komevroint/doccatalog/document?id=56219

9. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015

10. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронный ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

УДК 343.24 (477)

ПИТАННЯ МАЛОЗНАЧНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

THE QUESTION OF INSIGNIFICANCE IN CRIMINAL LAW

Ходарєва В.І.,
студентка III курсу
ІПКОЮ
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена вирішенню дискусійного питання, що стосується існування такого кримінально-правового поняття як «малозначність діяння». Вирішено питання про її кримінально-правове значення в світлі правових позицій Верховного Суду України. Запропоновано визначити малозначність діяння як підставу для звільнення від кримінальної відповідальності з відповідними доповненнями Розділу IX Загальної частини КК України, та сформульовано пропозиції щодо тексту можливих змін.

Ключові слова: злочин, поняття злочину, малозначність діяння, звільнення від кримінальної відповідальності.

Статья посвящена решению дискуссионного вопроса, касающегося существования такого уголовно-правового понятия как «малозначительность деяния». Решен вопрос об уголовно-правовом значении малозначительности в свете правовых позиций Верховного Суда Украины. Предложено определить малозначительность деяния как основание для освобождения от уголовной ответственности с соответствующими дополнениями Раздела IX Общей части УК Украины, и сформулированы предложения касательно текста возможных изменений.

Ключевые слова: преступление, понятие преступления, малозначительность деяния, освобождение от уголовной ответственности.

The article deals with the criminal law problems of the minor relevance of act. The existence of this phenomenon in criminal law is directly related to the presence of formal and material definition of crime. The minor relevance of the act appears in the absence of public danger of a crime. That is why practical problems of applying of Art. 11 CCU exist. The analysis of the position of the Supreme Court of Ukraine regarding to the issues of different application of norms of Art.11, p. 2 of the Criminal Code by the courts of cassation. In this article, the social danger recognized as a synthetic category, which is the unity of an objective ability of a crime that causes substantial harm to the public, and the subjective focus on the infliction of such harm. In different crimes, the role of these characteristics in the formation of public differs.

The solution of the problem proposed by the SCU is not perfect, because it actually makes the application of the provisions of minor relevance of the act impossible in cases where person has committed acts stipulated by Art. 185, 190, 191 of the CCU. The application provided by SCU qualification in the case where an offence is committed is questionable, where the consequences are expressed in terms of evaluative concepts and can be both tangible and intangible in nature. It is considered to be appropriate to pose to the investigator the problem of establishing the elements of a crime committed by a person in the act, but not to decide the question whether was a crime committed or not.

In order to solve the problem of minor relevance of the act it has been proposed to eliminate norms in respect of it under article 11 CCU, and to determine the act as a release from criminal liability. Such changes require making appropriate additions to Section IX of the General part of the criminal code.

Key words: crime, concept of crime, insignificance of the act, exemption from criminal liability.

На даний момент інститут малозначності діяння продовжує по-різному тлумачитись і застосовуватись на практиці, що викликає певні проблеми. У зв'язку з цим виникає потреба віднайти оптимальний варіант його існування.

Метою статті є аналіз існуючих на сьогоднішній день підходів до визначення змісту такої категорії як малозначність діяння, і пропозиція свого варіанту вирішення цієї проблеми.

Питання малозначності діяння стало об'єктом наукового дослідження таких вчених, як: С. І. Маломуж, М. Й. Коржанський, Л. М. Кривоченко, П. С. Матишевський, Н. А. Мірошниченко, А. О. Пінаєв, Т. Є. Севастьянова, І. К. Туркевич, М. І. Хавронюк та ін.

Однак в теорії не було створено єдиного розуміння поняття малозначності діяння і моделі існування цього інституту, яка була б максимально ефективною.

Законодавцем при розробці КК України 2001 року [1] було обрано формально-матеріальне визначення злочину. Так, у ч. 1 ст. 11 зазначається, що злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Формально-матеріальне визначення поєднує в собі соціальну і юридичну характеристику злочину. Під злочином розуміється лише таке діяння, яке одночасно поєднує в собі дві ознаки: є суспільно небезпечним (матеріальна ознака) і прямо передбачене як злочин в кримінальному законі (формальна ознака). О. О. Дудоров вважає, що перевага такого визначення полягає в тому, що воно дозволяє відповісти на питання не тільки про те, які діяння визнаються злочинами, а й чому ці діяння віднесено законодавцем до числа злочинів [2, с. 131-150].

Суспільна небезпечність як ознака злочину має оціночний характер, адже різним є характер посягання – наприклад, значно різняться між собою посягання проти особи, проти власності, проти громадського порядку тощо. Різним є і ступінь соціальної конфліктності того ж самого діяння. Так, грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом (хуліганство), є більш небезпечним, коли його вчинює група осіб, проте ще більш небезпечним є хуліганство, пов'язане з опором представникові влади або представникові громадськості, який виконує обов'язки з охорони громадського порядку, чи іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії.

Формально-матеріальне визначення злочину у вітчизняному кримінальному законодавстві обумовлює існування – ч. 2 ст. 11 КК України. Відповідно до неї, не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Таким чином, встановлення малозначності діяння за умов, що воно не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам, завжди пов'язане з констатацією наявності розбіжності між оцінкою в законі типового варіанту (ступеня) суспільної небезпечності діяння певного виду та визнання його протиправним і відсутністю суспільної небезпечності відповідного ступеня у діянні, вчиненому в конкретному випадку. Внаслідок цього такі дія чи бездіяльності не є суспільно небезпечними у кримінально-правовому розу-

мінні, тому не визнаються злочином і не тягнуть за собою кримінальної відповідальності [3, с. 84].

Т. Є. Севастьянова визначає суспільну небезпечність як об'єктивну властивість будь-якого злочинного діяння, що конкретизується шляхом опису різноманітних об'єктивних ознак злочину в диспозиціях норм Особливої частини КК України [4, с. 72]. Одразу ж привертає увагу те, що поза увагою дослідниці залишаються суб'єктивні ознаки вчиненого діяння. На наш погляд, суспільна небезпечність є синтетичною категорією, яка визначається єдністю як об'єктивної здатності злочину заподіювати істотну шкоду суспільним відносинам, так і суб'єктивної спрямованості на заподіяння такої шкоди. Інша річ, що в конкретних злочинах роль цих ознак в «утворенні» суспільної небезпечності є нерівнозначною. Так, в необережних злочинах, суспільна небезпечність утворюється в першу чергу (але не виключно) за рахунок об'єктивної здатності діяння призводити до суспільно небезпечних наслідків, тоді як в незакінчених злочинах (на стадії готування чи замаху) далеко не завжди вчинені особою діяння взагалі об'єктивно здатні заподіяти хоч якусь шкоду, а суспільно небезпечний характер як раз і визначається суб'єктивною спрямованістю винного на заподіяння шкоди. Тим більше суперечливість у поглядах Т. Є. Севастьянової проявляється в її подальших міркуваннях з приводу поняття малозначності діяння, де авторка використовує кількісні та якісні характеристики об'єктивних та суб'єктивних ознак, що містять склад злочину, але не мають суспільної небезпечності діяння [4, с. 13].

Н. А. Мірошниченко стверджує, що малозначність діяння є підставою для невизнання діяння злочином, а, враховуючи реформування кримінального та кримінально-процесуального законодавства, залишати вказане поняття у новому КК України навряд чи є доцільним. Вона звертає увагу на те, що у випадку, якщо діяння не є злочином, очевидно воно є іншим видом правопорушення [5, с. 550]. Уявляється, що слід визнати такий підхід правильним, оскільки відсутність у діяннях особи складу злочину ще не дає підстав для того, щоб визнати таке діяння правомірним. Якщо діяння не є злочином, воно може відповідати ознакам адміністративного, дисциплінарного, трудового або службового правопорушення. Так, у випадку, коли внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки її законному володільцю або власнику заподіяно шкоду, яку не можна визнати значною (тобто вона не перевищує ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), таке діяння підлягає оцінці не за ст. 197-1 КК України, а за ст. 53-1 КУпАП, в якій самовільне зайняття земельної ділянки визнається адміністративним правопорушенням.

Проблема невизначеності поняття малозначності діяння існує не лише на теоретичному рівні, а і у правозастосовній практиці. Так, суди по-різному вирішують питання чи є діяння особи малозначним у подібних справах. Так, ОСОБА_1 обвинувачувався у замаху на крадіжку чоловічого станка для гоління вартістю 229 грн. 99 коп., який він намагався винести з торгового центру «Новус» у м. Тернополі 08 червня 2014 року, але був затриманий працівниками охорони. Суд першої інстанції дійшов висновку, що дії ОСОБА_1 через малозначність не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди власнику зазначеного майна. Апеляційний суд Тернопільської області скасував виправдувальний вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 і своїм вироком від 05 листопада 2014 року визнав останнього винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 185 КК України, та призначив йому 850 грн. штрафу. Касаційний суд – колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 04 червня 2015 року зазначений вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_1 залишив без змін. У вказаному рішенні правило «малозначності діяння» щодо невдалої спроби ОСОБА_1 заволодіти у торговому центрі станком для гоління вартістю 229 грн. 99 коп. застосовано не було. Натомість, у рішеннях, наданих для порівняння, зазначене правило застосоване. У першому випадку касаційний суд визнав, що ОСОБА, хоча і вчинила замах на крадіжку металевої арматури вартістю 158 грн. 10 коп., але цими конкретними діями істотної шкоди підприємству не заподіяла. У другому випадку касаційний суд розцінив замах ОСОБИ на крадіжку товару вартістю 193 грн. 47 коп. таким, що незначно перевищує встановлений законодавством мінімум для притягнення особи до кримінальної відповідальності, і відтак не є суспільно небезпечним.

Певну ясність у застосування судами положень ч. 2 ст. 11 КК України спробував внести Верховний Суд України у Постанові Судової палати у кримінальних справах 24 грудня 2015 року у справі № 5-221кс/. Переглядаючи рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ з підстав неоднакового застосування судами норм матеріального права, Верховний Суд України сформулював правові висновки щодо застосування положень КК України про малозначність діяння і вказав, що для її встановлення необхідна сукупність трьох умов:

1) формальна наявність у вчиненому діянні ознак складу злочину, передбаченого КК України, тобто всіх тих передбачених у законі об'єктивних і суб'єктивних ознак, що у відповідній статті (частині статті) Особливої частини КК України характеризують певний склад злочину. Діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, не може визнаватись малозначним. Якщо істотність матеріальної (майнової чи фізичної) шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди свідчить про відсутність у діях особи кримінальної протиправності, що унеможливлює звернення до ч. 2 ст. 11 КК України. Тобто фактично Верховний Суд України визнав, що для застосування положень ч. 2 ст. 11 КК України діяння повинно не лише формально, а й сутнісно містити всі ознаки складу конкретного злочину і унеможливив її застосування у випадках, коли наслідки вчиненого особою діяння не досягли розміру, встановленого в законі про кримінальну відповідальність;

2) малозначне діяння не становить суспільної небезпеки, яка є типовою для певного злочину. Це виражається в тому, що воно не заподіює взагалі шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству чи державі, або заподіює їм явно незначну (мізерну) шкоду;

3) малозначне діяння не повинно бути суб'єктивно спрямоване на заподіяння істотної шкоди. Якщо існує невідповідність між фактично вчиненим малозначним діянням і умислом, спрямованим на заподіяння істотної шкоди, має наставати кримінальна відповідальність за замах на той злочин, який особа бажала вчинити.

Верховний Суд України звертає увагу на оціночний характер істотної шкоди у контексті ч. 2 ст. 11 КК України, і на той факт, що її зміст визначається оцінкою правозастосовними органами всіх конкретних обставин справи. Якщо істотність шкоди знаходить своє чітке відображення у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину, тобто характер шкоди є фіксованим і не може оцінюватись на розсуд правозастосувача (абсолютно визначені правові норми), застосування кримінально-правової норми про малозначність виключається.

Верховний Суд України оцінює положення про малозначність діяння як законодавчо закріплений засіб подолання колізії між формальною (кримінальна протиправність) і матеріальною (суспільна небезпека) ознаками злочину [6].

Серед сукупності цих тверджень, більшість яких не становить ніякої новизни для науки кримінального права,

особливу увагу привертає позиція про неможливість застосування положень ч. 2 ст. 11 КК України у випадках, коли істотність шкоди знаходить своє чітке відображення у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину, тобто характер шкоди є фіксованим і не може оцінюватись на розсуд правозастосувача (абсолютно визначені правові норми).

На наш погляд, не можна однозначно стверджувати, що запропонований Верховним Судом України варіант вирішення проблеми застосування положень ч. 2 ст. 11 КК України є досконалим. Адже він фактично унеможливлює застосування положень про малозначність при вчиненні особою діянь, передбачених статтями 185 (крадіжка), 190 (шахрайство), 191 (привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем) КК України. Якщо сума викраденого, привласненого тощо не перевищує 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, то має місце адміністративне правопорушення. В протилежному випадку – завжди матиме місце злочин. В той же час, нижня межа шкоди для такого злочину як грабіж не встановлена в законі. Відкритим залишається питання, чи можуть застосовуватись положення ч. 2 ст. 11 КК України у випадку відкритого заволодіння особою, наприклад, зубною пастою або аркушем паперу. Оскільки положення ст. 186 не кореспондують відповідним положенням КУпАП, то може виникнути парадоксальна ситуація, за якої суди визнаватимуть злочином таємне викрадення чужого, розмір якого незначним чином перевищує 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і не визнаватимуть (в силу положень ч. 2 ст. 11 КК України) заволодіння майном на таку ж суму, але вчинене відкрито.

Ще більш спірним видається застосування наданого Верховним Судом України роз'яснення у випадку вчинення діянь, де наслідки виражені за допомогою оціночних понять і можуть мати як матеріальний, так і нематеріальний характер. Наприклад, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України, є наслідки у виді істотної шкоди, яка може мати як матеріальний, так і нематеріальний характер. При цьому в примітці до ст. 364 КК України вказується лише на мінімальний розмір матеріальної шкоди, необхідний для кваліфікації вчиненого. Виникає питання, а чи може бути застосована ч. 2 ст. 11 КК України у випадку, якщо наслідки від зловживання є нематеріальними за своїм характером або має місце поєднання як наслідків майнового, так і немайнового характеру? Очевидно, що надане Верховним Судом України роз'яснення відповіді на вищевказані питання не містить.

Більше того, чинне кримінальне законодавство наразі зобов'язує саме слідчого на стадії досудового розслідування вирішувати кожного разу попередньо питання про те, чи містить діяння особи всі елементи складу злочину і який характер наслідків цього діяння, чи є воно суспільно небезпечним або ж чи можна розцінювати його як малозначне. Потім ці обставини встановлюються повторно вже судом, що призводить до ускладнення процедури розгляду справи. Як наслідок, слідчих перезавантажують роботою, яка в принципі не повинна входити до кола їх обов'язків. Перед слідчим має стояти завдання – встановити ознаки складу злочину у вчиненому особою діянні, а не вирішення питання про те, чи має місце злочин взагалі.

Одним із прихильників позиції стосовно невиправданого існування інституту малозначності діяння є С. І. Маломуж. Він зазначає, поняття «малозначність діяння», наведене у ч. 2 ст. 11 КК України, свідчить про формальну наявність ознак будь-якого діяння, передбаченого положеннями КК України, проте через малозначність вказане діяння не є суспільно небезпечним. Вбачається певна суперечність у такому визначенні, яка полягає у тому, що будь-яке діяння, передбачене положеннями статті Особливої частини КК України, є суспільно небезпечним, оскільки така ознака злочину як «суспільна небезпека», передбачена ч. 1 ст. 11 КК України, властива всім злочинам, відповідальність за які встановлена у кримінальному законі. Вважається, що відсутність суспільної небезпеки є свідченням відсутності ознак кримінального правопорушення та можливу наявність складу іншого правопорушення. Виходячи із вищенаведених аргументів, автор вважає недоцільним збереження категорії малозначності діяння, оскільки вказане поняття може бути замінено поняттям «відсутність складу кримінального правопорушення» [7, с. 61-64].

Більш вдалим є варіант вирішення проблеми малозначності діяння шляхом виключення норм щодо неї із ст. 11 КК України, адже відсутність ч. 2 ст. 11 КК України виключить тільки один етап врахування суспільної небезпечності злочину – етап вирішення питання про наявність в конкретному діянні злочину. Питання про наявність в конкретному випадку злочину не повинно входити виключно до компетенції правозастосувача. Адже, якщо діяння відповідає всім ознакам, що закріплені у КК України, то воно вже є злочином. Натомість слід визнати, що не кожен злочин вимагає кримінально-правової репресії як наслідку. Тому малозначність можна встановити як підставу для звільнення від кримінальної відповідальності у Розділі IX Загальної частини КК України.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» зазначено, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених КК України, у порядку, установленому Кримінальним процесуальним кодексом України [8]. Ю. В. Баулін під звільненням від кримінальної відповідальності розуміє передбачену законом відмову держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, обмежень її певних прав і свобод, визначених КК України [9, с. 58]. Звільнення від кримінальної відповідальності може визначатись як факультативно, так і в обов'язковому порядку. Якщо мова йтиме про малозначність діяння, то вона має існувати як факультативна підстава, а, отже, право суду на визнання діяння малозначним залежно від конкретних обставин справи.

Подібний підхід використовується у кримінальному законодавстві деяких держав. Так, у Кримінальному кодексі Литовської Республіки від 26 вересня 2000 року у ст. 37 зазначається, що «суд може звільнити від кримінальної відповідальності особу, яка вчинила злочинне діяння, яке хоча формально і містить деякі ознаки передбаченого кримінальним законом діяння, однак внаслідок його малозначності не є небезпечним» [10]. Схожа позиція відображена у ч. 1 ст. 57 Кримінального кодексу Латвійської Республіки від 08 липня 1998 року. У ній, зокрема, вказується, що «від кримінальної відповідальності може бути звільнено особу, яка вчинила злочинне діяння, що має ознаки діяння, передбаченого цим законом, але яким не завдано такої шкоди, щоб була необхідною для призначення кримінального покарання» [11].

Зважаючи на все вищевикладене, вважаємо за доцільне внесення змін до чинного КК України, спрямованих на зміну кримінально-правового значення малозначності діяння. Її слід визначати саме як підставу для звільнення від кримінальної відповідальності. За такого вирішення, з одного боку, констатуватиметься наявність злочину, а, з іншого, – особа, діяння якої визнано малозначним, не зазнаватиме офіційного осуду з боку держави у вигляді обвинувального вироку суду; до неї не застосовуватимуться обтяження кримінально-правового характеру; між такою

особою та державою припинятимуться усі кримінально-правові відносини, а, отже, не наставатимуть негативні кримінально-правові наслідки у вигляді судимості.

Доцільним видається доповнення Розділу IX Загальної частини КК України додатковою статтею з назвою «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з малозначністю діяння». Ця стаття може бути викладена, наприклад, таким чином: «Особа, яка вчинила діяння (дію чи бездіяльність), яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, може бути звільнена судом від кримінальної відповідальності».

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

2. Дудоров О. О. Поняття злочину. Класифікація злочинів / О. О. Дудоров // Правова доктрина України. – Х. : Право, 2013. – Т. 5 : Кримінально-правові науки в Україні : стан, проблеми та шляхи розвитку. – С. 131–150.

3. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник для студентів юридичних ВНЗ / [В. І. Борисов та ін.] ; за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна ; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2015. – 525 с.

4. Севастьянова Т. Є. Малозначність діяння за кримінальним законодавством України : Дис. ... канд. юрид. наук за спец. : 12.00.08 / Т. Є. Севастьянова. – Запоріжжя, 2002. – 211 с.

5. Мирошниченко Н. А. Уголовные правонарушения и малозначительность деяния / Н. А. Мирошниченко // Актуальні проблеми держави та права. – Вип. 65 / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. – О. : Юрид. л-ра, 2012. – С. 549–553.

6. Правовий висновок Верховного Суду України у справі про перегляд судового рішення з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції норми частини другої статті 11 КК про малозначність діяння у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень від 24 грудня 2015 року у справі № 5-221кс [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/64F728DDB8911B29C2257F47002EC6C1?OpenDocument&year=2016&month=01&

7. Маломуж С. І. Напрями удосконалення поняття малозначного діяння / С. І. Маломуж // Часопис Академії адвокатури України. – 2014. – № 3. – Т. 7. – С. 61–64.

8. Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05.

9. Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : [монографія] / Ю. В. Баулін. – К. : Атіка, 2004. – 296 с.

10. Кримінальний кодекс Литовської Республіки : Закон Литовської Республіки від 26 вересня 2000 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=366707.

11. Кримінальний кодекс Латвійської Республіки : Закон Латвійської Республіки від 08 липня 1998 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/19.

РОЗДІЛ 7
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.985

ОБСТАНОВКА ЗЛОЧИНУ ЯК ДЖЕРЕЛО ДОКАЗОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

CRIME SITUATION AS A SOURCE OF EVIDENTIARY INFORMATION

Динту В.А.,
к.ю.н., доцент кафедри криміналістики
Інститут кримінальної юстиції
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті автор здійснює порівняння процесу пізнання та процесуального доказування. Розглядається обстановка злочину як одне з першоджерел формування процесуальних джерел доказів у відповідному кримінальному проваджені. Аналізуються механізми отримання доказової інформації при дослідженні обстановки злочину як об'єкту пізнання.
Ключові слова: обстановка злочину, доказова інформація, джерело доказів, докази.

В статье автор осуществляет сравнение процесса познания и процессуального доказывания. Рассматривается обстановка преступления как один из первоисточников формирования процессуальных источников доказательств в соответствующем уголовном производстве. Анализируются механизмы получения доказательной информации при исследовании обстановки преступления как объекта познания.
Ключевые слова: обстановка преступления, доказательственная информация, источник доказательств, доказательства.

The crime situation is a meaningful source of forensic information about events regarded as the subjects of cognition in the investigation. The information obtained by investigator must meet the procedural requirements that indicate the order of receipt, valid sources and methods of fixation in order to be available to all participants in criminal proceedings and to be used as a proof. Evidence-based information is a piece of information that the investigator receives in the crime investigation process and that could be used in the proving process as an inner essence of evidence.

One of the most substantial sources of evidence-based information is the crime situation, where the preparation, implementation and concealment of a crime took place. Research, analysis and correct interpretation of information contained in a crime situation facilitates the determination of the circumstances, that have to be proved.

In the study of material environment, social and psychological conditions of the crime, the investigator perceives directly the system of objects and events, where the preparation, implementation and concealment of a crime took place. The crime situation material environment contains material objects with traces caused by the interaction with the offender, other members of the criminal offense, with the object of attack, but also points out the way crime was commited.

Moreover the crime situation material environment may contain another procedural source of evidence – documents. The crime situation appears as a source of crime not only forensic important information, but also as a primary source of procedural evidences, particularly physical evidences and documents.

Regarding that material crime situation contains objects, phenomena and processes, investigated within the expertise and could be considered as the basis for the formation of the findings, we can claim that material crime situation is a versatile source of evidence-based information.
Key words: environment crime, evidential information, source of evidence, proof.

Обстановка злочину є джерелом криміналістично-значущої інформації стосовно події, що є об'єктом пізнання у ході розслідування. Для того, щоб отримана слідчим інформація могла бути доступна для всіх учасників кримінального провадження та була використана у процесі доказування, вона повинна відповідати процесуальним вимогам, які вказують на порядок її отримання, допустимі джерела та способи фіксації.

Для визначення обстановки злочину як джерела доказової інформації вбачається за доцільне з'ясувати співвідношення процесу пізнання та процесуального доказування.

М. М. Михеєнко зазначав, що непроцесуальна пізнавальна діяльність, яка передує процесуальному доказуванню і супроводжує його, позбавлена правового значення, оскільки виходить за його межі. Установлення істини в кримінальному процесі, тобто пізнання, результати якого мають юридичне значення, здійснюються лише в процесуальній формі. Тому, коли ми говоримо про гносеологічну сутність кримінально-процесуального доказування як про особливий різновид пізнання дійсності, ми повинні ставити знак рівності між доказуванням і пізнанням [2, с. 8].

І. М. Лузгін вказував на те, що пізнання в широкому розумінні слова становить собою процес отримання знань про певні предмети або явища, а доказування – це обґрунтування визначених положень, створення умов для пізнання тих самих об'єктів іншими способами [3, с. 21-22].

Слушною є думка В. С. Джатієва, який зазначає, що пізнання – це діяльність «для себе», а доказування – «для адресата». Метою пізнання є отримання знання, а метою доказування – переконання адресата у будь-чому [4, с. 5].

Змістом процесуального доказування є пізнання обставин злочину, що здійснюється спеціально уповноваженою посадовою особою в особливій процесуальній формі і складається зі збору, перевірки, а також використанні сукупності доказів для прийняття процесуального рішення, а також для законного та обґрунтованого вирішення справи [5, с. 36-37].

Слід погодитись з позицією С. А. Шейфера, який вказує на те, що розглядаючи процес збору доказів з позиції теорії відображення, у ньому слід виділити такі складові, як пошук джерела, вилучення інформації, що відноситься до злочину, що розслідується, та процесуальне закріплення (фіксація) [6, с. 156].

З наведеного вище вбачається, що доказування та пізнання при реалізації кримінального провадження не є тотожними поняттями [7, с. 22], хоч доказування фактичних

обставин справи на всіх етапах відбувається згідно із закономірностями, притаманними будь-якому процесу пізнання об'єктивної дійсності [8, с. 5]. Однак, пізнання розслідуваної події – це частина кримінального доказування. Всебічне та об'єктивне розслідування можна провести лише тоді, коли буде об'єднано доказування та всі рівні, способи, аспекти пізнання як різні сторони наближення мислення слідчого до об'єктивної дійсності [9, с. 47, 49].

Таким чином, доказування, будучи процесуальною діяльністю, починає здійснюватися тільки на підставі пізнаних обставин, хоча і у період доказування пізнання продовжується, адже загальновідомо, що в ході виконання процесуальних дій з доказування відбувається не просте відтворення, а нарощування знання [10, с. 63].

Наразі, в криміналістичній літературі немає єдиного підходу до змісту поняття «доказова інформація». Так, наприклад, на думку Р. С. Бєлкіна та А. І. Вінберга, зміни, пов'язані з подією, є доказами, а міра зв'язку доказів з подією, до якої вони належать (яка перебуває в прямій залежності від кількісного і якісного змісту цих змін), – є доказова інформація [11, с. 173, 176].

А. М. Григор'єв вказує, що під доказовою інформацією необхідно розуміти отримані у встановленому законом порядку відомості, за допомогою яких суб'єкт розслідування встановлює наявність або відсутність обставин, що підлягають доказуванню при провадженні у кримінальній справі, а також інших обставин, що мають значення для кримінальної справи [12, с. 208].

З точки зору В. Я. Колдіна до числа доказової інформації слід віднести не тільки ту інформацію, яка складає зміст «доказів» у суворому процесуальному сенсі, але і будь-яку інформацію про подію, що розслідується і пов'язані з нею обставини, які використовуються у процесі доказування з метою виявлення, збору і оцінки доказів в процесі розкриття, розслідування і судового розгляду кримінальних і цивільних справ [13, с. 39-40]. Однак вказане визначення розширює зміст доказової інформації, що породжує неоднозначність у використанні дефініції як у науковій сфері, так і у практичній.

Можна погодитись з думкою Р. С. Бєлкіна та А. І. Вінберга стосовно того, що до доказової інформації відносять тільки ту інформацію, яка складає зміст «доказів» у строгому процесуальному сенсі [11, с. 173]. Уся інша інформація, що була отримана слідчим та не увійшла до змісту доказів, носить орієнтуючий характер. Справедливо відмічає В. О. Образцов, що при всій значимості доказової інформації зводити процес пошуку і пізнання до добування та використання тільки даної інформації не можна [14, с. 58].

Таким чином, доказова інформація являє собою частину інформації, яку слідчий отримує у процесі пізнання події злочину і, яка використовується у процесі доказування як внутрішній зміст доказу.

Відповідно до ст. 84 КПК України доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Можна погодитись із думкою М. М. Стоянова, що доказ у кримінальному процесі становить систему декількох постійних, взаємозалежних елементів. Такими елементами є відомості про обставини справи та процесуальна форма їх одержання [15, с. 13].

Одним з найбільш змістовних джерел доказової інформації є саме обстановка злочину, в якій вчинялись дії з підготовки, реалізації та приховування злочину.

В. Г. Танасевич вказує на те, що «… для цілеспрямованого розслідування слідчий повинен з кожної справи уявити собі, що саме необхідно з'ясувати, тобто, які саме фактичні обставини розслідуваної події повинні бути встановлені й у яких межах» [16, с. 84].

Відповідно до ст. 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягають доказуванню наступні обставини: подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета кримінального правопорушення, вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат; обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

Дослідження, аналіз та правильне тлумачення інформації, яку містить в собі обстановка злочину, суттєво сприяють встановленню обставин, що підлягають доказуванню.

Так, при дослідженні матеріального середовища, соціальних та психологічних умов, в яких вчинявся злочин слідчий безпосередньо сприймає систему об'єктів та явищ, в яких проходив процес підготовки, реалізації та приховування злочину.

Слід зазначити, що для формування доказу, необхідна взаємодія двох складових: суб'єкта, що вчиняє пізнавальну діяльність, та безпосередньо об'єкта, що пізнається. Так, у процесі розслідування відбувається взаємодія слідчого та, зокрема, матеріального середовища обстановки злочину, у результаті якого з процесуальних джерел виявляється інформація, що складає зміст доказу.

В якому б вигляді, якості, стані матерія не була представлена, їй в усіх випадках притаманна властивість, подібна до відчуття, властивості відображення. Явищ, що не відображаються, в природі не існує. Це означає, що будь-яка подія об'єктивного світу, будь-яке явище, будь-яка матеріальна річ, думка людини, завжди пов'язані з утворенням змін в навколишній дійсності. Зміні піддаються не тільки самі об'єкти в процесі свого зародження, буття (життєдіяльності, функціонування), розпаду, зникнення, але і властивості інших об'єктів, що знаходяться з ними у взаємодії, різних зв'язках і відносинах [17, с. 15].

Слід зазначити, що саме навколишнє середовище зберігає інформацію відносно події, що в ньому сталася, часові та просторові характеристики, сліди взаємодії обстановки злочину зі способом злочину та інші обставини кримінального правопорушення, що відобразились в обстановці злочину у вигляді слідів.

Інформація, яка пов'язана з відображенням пізнаваної у справі події і міститься в його слідах (психічних і матеріально фіксованих змінах) є об'єктом пошуку і засобом пізнання. Та її частина, яка набуває статус доказової, слугує основою для прийняття процесуальних рішень. У випадку, коли пізнання здійснюється у режимі процесуального доказування, основу прийняття правових рішень утворює доказова інформація [18, с. 58].

Злочин виступає генератором вихідної інформації, що розглядається як комплекс повідомлень, відображається в навколишньому середовищі у формі різного роду слідів – відображень. При цьому відображення являє собою процес передачі повідомлень у формі коду, що визначається механізмом слідоутворення, а слід являє собою фіксоване в навколишньому середовищі повідомлення [19, с. 21].

В. У. Громов та Н. Лаговієр відзначали, що питання про те, як і при яких обставинах вчинений даний злочин і, які, у зв'язку з цим, трапились зміни в об'єктивному зовнішньому середовищі, є кардинальними, найбільш суттєвими питаннями [20, с. 14].

В. О. Коновалова наголошує, що обставини розслідування злочинів, які вчинено в умовах неочевидності, переконують у тому, що саме комплекс слідів або навіть один слід дає ключ до розслідування [21, с. 26].

Аналіз слідів може дати необхідні відомості для встановлення моделі злочинної події, висунення слідчих версій, виявлення інших речових доказів, експертного дослідження, а також прогнозування моделі можливої поведінки суб'єкта злочину [22, с. 12] .

М. Є. Євгеньєв вважав, що вміння відшукати сліди та відтворити по ним обстановку, вміння по цим слідам і обстановці … розкрити злочин складає одну з найважливіших якостей слідчого [23, с. 39].

Фактичні дані, що складають зміст доказу, по суті є нічим іншим, як інформацією в її сучасному розумінні. Кількість, «вимір» отриманої інформації відображує рівень знання про досліджуване явище, зокрема, свідчить про доведеність злочину, що розслідується [24, с. 20-21]. На думку С. А. Шейфера, факт існування матеріального об'єкту зі слідами злочину не перетворюють даний факт в доказ. Оскільки доказом є не сам об'єкт, а укладена в ньому або в обстановці його виявлення інформація [25, с. 32].

У своїй сукупності сліди, що містяться в обстановці злочину складають слідову картину. Як стверджує М. В. Костенко, під слідовою картиною слід розуміти сукупність логічно взаємопов'язаних, матеріальних та ідеальних, слідів, що відображають як механізм злочину, так і дії його учасників [21, с. 11]. Слідова картина, що міститься в обстановці злочину має пізнавальну природу та містить у собі інформацію у вигляді системи взаємопов'язаних та взаємообумовлених слідів, які є носіями відомостей про розслідувану подію.

При дослідженні обстановки злочину та встановленні криміналістично-важливої інформації доцільно використовувати саме слідову картину як цілісну систему слідів, а не слід як окреме джерело інформації. Ціле, як відомо, характеризується сукупністю інтегративних властивостей, якими не володіють окремі частини [26, с. 69]. Таким чином, оскільки слідова картина представлена у якості цілісної системи, це дозволяє при її дослідженні використовувати методологію системного аналізу і виявити інформацію, яка була б недоступна при використанні іншого підходу.

Слід зазначити, що на практиці комплексний аналіз слідової картини, як правило, зводиться до дослідження окремих слідів у випадковій послідовності, в залежності від того, в якій черговості вони помічаються слідчим, експертом або іншою уповноваженою особою.

Однак, саме за допомогою системного аналізу слідової картини можна:

1) визначити закономірність появи та обґрунтованість наявності певного сліду в обстановці злочину;

2) визначити взаємозв'язок між обстановкою злочину та особою злочинця, способом злочину та об'єктом злочинного посягання;

3) встановити детермінуючі фактори;

4) ретроспективно відтворити модель події, що сталася у відповідних умовах;

5) визначити наявність негативних обставин; встановити ознаки інсценування.

Окрім слідової картини, обстановка злочину може містити у собі речові докази у розумінні ст. 98 КПК України, а саме: матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом.

Саме у матеріальному середовищі обстановки злочину зберігаються матеріальні об'єкти, що містять в собі сліди взаємодії з особою злочинця, іншими учасниками кримінального правопорушення, з об'єктом посягання, а також вказують на спосіб вчинення злочину.

Додержання процесуальних вимог щодо виявлення, дослідження та фіксації дають можливість з елементів матеріального середовища обстановки злочину сформувати речові докази, що містять доказову інформацію у провадженні з метою встановлення обставин, що підлягають доказуванню для забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування.

Також матеріальне середовище обстановки злочину може містити ще одне процесуальне джерело доказів – документи.

Відповідно до ст. 99 КПК України документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

Матеріальна обстановка злочину може містити документи у розумінні ст. 99 КПК України, а також у розумінні речового доказу, як це передбачено ч. 2 ст. 98 КПК України.

При дослідженні матеріальної обстановки злочину у ході проведення певної слідчої (розшукової) дії (огляду, обшуку), в результаті якої був виявлений документ, слідчий повинен встановити, носієм якої інформації він є та визначити до якого виду процесуального джерела він відноситься.

Таким чином, обстановка злочину проявляється як джерело не тільки криміналістично-важливої інформації, а також і як першоджерело процесуальних джерел доказів, зокрема, речових доказів та документів.

В залежності від виду експертизи першоджерелом інформації для її проведення також може бути обстановка злочину. Слід зазначити, що об'єктом експертизи, при дослідженні якого формується процесуальне джерело доказів, може бути певний елемент обстановки злочину.

Слід погодитись з думкою Є. П. Іщенко, який зазначає, що при розкритті та розслідуванні злочинів практикується два основні способи встановлення обставин, суттєвих для прави:

1) безпосереднє сприйняття;

2) дослідження прихованих, неочевидних властивостей і взаємозв'язків [27, с. 271]. Даний спосіб встановлення суттєвих для кримінального провадження обставин реалізується за допомогою експертизи.

Відповідно до ст. 242 КПК України експертиза проводиться у тому випадку, коли для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання.

Зокрема, досліджуючи матеріальне середовище обстановки злочину, слідчий приходить до висновку, що для отримання певної необхідної для кримінального провадження інформації про подію злочину або особу злочинця, яка у зашифрованому вигляді міститься в обстановці, необхідно провести експертизу. Наприклад, при провадженні огляду місця події було виявлено об'єкт, що містить відображення папілярних узорів пальців рук. З метою ідентифікації особи за папілярними лініями рук, а також для вирішення інших питань з метою отримання доказової інформації призначається проведення експертизи слідів рук (дактилоскопічна експертиза).

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» при проведенні експертизи експертом досліджуються матеріальні об'єкти, явища і процеси.

Об'єктами експертизи можуть виступати, як окремі елементи, так і обстановка злочину в цілому. Так, наприклад при дослідженні обстановки ДТП слідчим призначається експертиза, що досліджує матеріальну обстановку в цілому.

За результатами експертного дослідження елементів матеріального середовища обстановки злочину або її частини експертом складається висновок, що відповідно до ст. 84 КПК України є процесуальним джерелом доказів.

Таким чином, оскільки матеріальна обстановка злочину містить об'єкти, явища і процеси, що досліджуються в рамках проведення експертизи і слугують підгрунтям для формування відповідних висновків, можна говорити про те, що матеріальна обстановка злочину є різнобічним джерелом доказової інформації.

Дослідження морально-психологічного та мікросоціального середовища здійснюється за допомогою учасників кримінального правопорушення: підозрюваного, потерпілого, свідка. Отримання інформації від вищезазначених осіб та пізнання морально-психологічного та мікросоціального середовища здійснюється шляхом реалізації слідчої (розшукової) дії у формі допиту.

Відповідно до ст. 95 КПК України показання – це відомості, які подаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом, щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження.

Оскільки, учасники кримінального правопорушення виступають у якості структурних елементів обстановки злочину у складі мікросоціального та морально-психологічного середовища, то інформація, носієм якої вони є, входить до змісту відомостей, які містить в собі обстановка злочину. Таким чином, мікросоціальне та морально-психологічне середовища обстановки злочину виступають у якості першоджерела процесуального джерела доказів – показань.

При дослідженні мікросоціального та морально-психологічного середовищ обстановки злочину, слідчий може прийти до висновку про необхідність залучення експерта, у зв'язку з потребою у спеціальних знаннях.

Так, при дослідженні мікросоціального та морально-психологічного середовища призначаються, зокрема, психологічна, судово-медична, фото-портретна та інші види експертиз.

Об'єктами дослідження для вищевказаних видів експертиз є об'єкти, явища та процеси, що входять до змісту відповідної обстановки злочину.

З наведеного вище вбачається, що мікросоціальне, морально-психологічне середовища обстановки злочину є першоджерелом таких процесуальних джерел доказів, як показання та висновки експертизи.

Відповідно до ч. 2 ст. 91 КПК України доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження.

В результаті дослідження обстановки злочину як об'єкту доказової інформації можуть бути отримані наступні докази: щодо сутності події кримінального правопорушення та її окремих обставин; щодо особи злочинця, обставин, що його характеризують; щодо поведінки особи злочинця, його винуватості у вчиненні кримінального правопорушення; форми вини; мотивів і мети вчинення кримінального правопорушення; щодо обставин, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; щодо особи потерпілого, обставин, які його характеризують; щодо поведінки потерпілого при вчиненні злочину та після його реалізації, про форми взаємодії потерпілого і злочинця; щодо факту застосування злочинцем певних знарядь, засобів, їх видів та ознак (зброї, вибухових пристроїв, отруйних речовин тощо); щодо об'єкту злочину, обставин, які його характеризують; щодо наявності інсценування події злочину, або його окремих обставин; щодо обставин, що сприяли або перешкоджали вчиненню злочину; щодо результату та наслідків злочинних дій.

Таким чином, на підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що обстановка злочину виступає у якості джерела інформації, що при додержанні процесуальної форми її виявлення, отримання та фіксації стає змістом певних доказів у кримінальному провадженні, процесуальні джерела яких також знаходять свої витоки в обстановці злочину.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88.
2. Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве / М. М. Михеенко. – К., 1984. – 134 с.
3. Лузгин И. М. Расследование как процесс познания : учебное пособие / И. М. Лузгин. – М., 1969. – 177 с.
4. Джатиев В. С. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам : автореф. дис. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук по спец. : 12.00.09 «уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза ; оперативно-розыскная деятельность» / В. С. Джатиев. – Владикавказ, 1995. – 40 с.
5. Сидорова Е. И. Собирание и использование доказательств как элементы процесса доказывания в уголовном судопроизводстве / Е. И. Сидорова // Вестник ВИ МВД России. – 2007. – № 4. – С. 36–38.
6. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – Тольяти : Волжский университет им. В. Н. Татищева, 1997. – 92 с.
7. Рыжаков А. П. Уголовно-процессуальное доказывание : понятие и средства / А. П. Рыжаков. – М. : Инф.-издат. дом «Филинъ». – 1997. – 416 с.
8. Карнеева Л. М. Доказательства и доказывание при производстве расследования. Лекция / Л. М. Карнеева. – Горький : НИиРИО ГВШ МВД СССР, 1977. – 44 с.
9. Журавель В. Формалізація розслідування : теоретичні основи і практичні можливості / В. Журавель // Правничий часопис Донецького національного університету. – Донецьк, 2010. – № 1 (23). – С. 100–102.
10. Лузгин И. М. Расследование как процесс познания : учебное пособие / И. М. Лузгин. – М., 1969. – 177 с.
11. Белкин Р. С. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р. С. Белкин, А. И. Винберг. – М. : Юридическая литература, 1969. – 216 с.
12. Григорьев А. Н. Информация и информационное взаимодействие в расследовании преступлений : теоретические аспекты : монография / А. Н. Григорьев. – Калининград : Калининградский ЮИ МВД России, 2006. – 272 с.
13. Колдин В. Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В. Я. Колдин, Н. С. Полевой. – М. : Издательство Московского университета, 1985. – 134 с.
14. Криминалистика / [под ред. д. ю. н. проф. В. А. Образцова]. – М. : Юрист, 1995. – 592 с.
15. Стоянов М. М. Властивості доказів у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.09 «кримінальний та криміналістика ; судова експертиза ; оперативно-розшукова діяльність» / М. М. Стоянов. – 2010. – 20 с.
16. Танасевич В. Г. Значение криминалистической характеристики преступлений и следственных ситуаций для методики расследования преступлений / В. Г. Танасевич // Актуальные проблемы советской криминалистики. – М., 1980. – С. 83–95.
17. Шевчук В. М. Предмет злочинного посягання як елемент криміналістичної характеристики контрабанди наркотичних засобів / В. М. Шевчук // Митна справа : науково-аналітичний журнал. – 2006. – № 5. – С. 89–96.
18. Образцов В. А. Криминалистика : модели средств и технологий раскрытия преступлений. Курс лекций / В. А. Образцов. – М. : Изд-во ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2004. – 400 с.
19. Дикунов А. И. Криминалистический анализ следовой картины расследуемого события с признаками преступления : Дис. ... канд. юрид. наук по спец. : 12.00.09 «уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза ; оперативно-розыскная деятельность» / А. И. Дикунов. – М. : МГУ им. М. В. Ломоносова, юридический факультет. – 2005. – 189 с.

20. Жоголева Е. В. Изменение обстановки при производстве по уголовному делу : автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.09 «уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза ; оперативно-розыскная деятельность» / Е. В. Жоголева. – Челябинск, 2006. – 27 с.
21. Коновалова В. Е. Убийство : искусство расследования : монография / В. Е. Коновалова. – Х. : Факт, 2001. – 311 с.
22. Костенко М. В. Криміналістична характеристика вбивств на замовлення : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.09 «кримінальний процес і криміналістика ; судова експертиза» / М. В. Костенко. – Х., 2003. – 21 с.
23. Евгеньев М. Е. Методика и техника расследования преступлений / М. Е. Евгеньев. – К., 1940. – 146 с.
24. Соловьев А. Б. Доказывание по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (досудебные стадии) : научно-практическое пособие / А. Б. Соловьев. – М. : Юрлитинформ, 2003. – 264 с.
25. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам : проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – Тольяти : Волжский университет им. В. Н. Татищева, 1997. – 92 с.
26. Уемов А. И. Вещи, свойства, отношения / А. И. Уемов. – М. : Издательство АН СССР, 1963. – 184 с.
27. Ищенко Е. П. Криминалистика : Курс лекций / Е. П. Ищенко. – М. : Юридическая фирма «КОНТРАКТ» ; АСТ-МОСКВА, 2007. – 416 с.

УДК 347.963

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСТАВИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

URRENT ISSUES ON BAIL IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ільченко О.В.,
к.ю.н., старший викладач кафедри судочинства та міжнародного права
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Стаття присвячена дослідженню актуальних питань застосування застави як виду запобіжного заходу у кримінальному провадженні в умовах інтеграції України до Європейського Союзу. Проведено аналіз європейського законодавства, щодо застосування застави. Визначено, які проблемні питання існують у національному законодавстві під час застосування застави, та зазначено шляхи їх вирішення з урахуванням міжнародного досвіду.
Ключові слова: кримінальне провадження, запобіжний захід, застава, міжнародний досвід, євроінтеграція.

Статья посвящена исследованию актуальных вопросов применения залога как вида меры пресечения в уголовном производстве в условиях интеграции Украины в Европейский Союз. Проведен анализ европейского законодательства по применению залога. Определено, какие проблемные вопросы существуют в национальном законодательстве при применении залога, и указано пути их решения с учетом международного опыта.
Ключевые слова: уголовное производство, мера пресечения, залог, международный опыт, евроинтеграция.

The article deals with the topical issues on bail as a form of preventive measure in criminal proceedings given the integration of Ukraine into the European Union. At provides analysis of European legislation on bail and determines the issues that exist in national law on bail and ways to solve them using international experience.

Bail as a preventive measure in the national criminal proceedings is now used infrequently, the main reason is the inadequacy of national legislation. Although in many countries the bail as a way of enforcement responsibilities by the suspect or the accused is the norm rather than the exception.

The study of this topic is relevant and important because many issues of the practical application of bail in criminal proceedings remain unresolved. It is advisable to solve these issues using international experience with the use of universally recognized norms and principles set out in international legal acts and case law of the European Court of Human Rights, subject to the rule of law, proportionality and fairness.
Key words: criminal proceedings precaution, collateral, international experience, European integration.

Пріоритет захисту та гарантії прав особистості є основним вектором розвитку інститутів національного кримінального судочинства. Демократизація і гуманізм – ключові принципи вдосконалення законодавчих норм, що регулюють різні галузі кримінального процесу, в тому числі і сферу застосування запобіжних заходів.

Актуальність досліджуваної проблеми зумовлена зростаючими вимогами до забезпечення реалізації принципу верховенства права у кримінальному судочинстві взагалі і при застосуванні інституту запобіжних заходів зокрема.

До цього часу існують проблемні питання щодо застосування застави у кримінальному провадженні. Немає законодавчого механізму точного і чіткого використання застави, відсутнє нормативне закріплення порядку повернення застави. Таким чином, постає необхідність наукової розробки цих питань та закріплення відповідних нормативних приписів у чинному законодавстві.

Питання застосування застави як запобіжного заходу в кримінальному провадженні у своїх працях досліджували такі науковці як Крайнюк В. Г., Голуб І. Г., Донченко Ю. В., Уваров В. Г., Підпалий В. Л., Лівшиц Ю. Д., Данченко Т. В., Буряков А. Д., Александров Є. Н., Пилипчук П. П., Пошва Б. М., Пономаренко А. В., Куцкір Г. М., Величко О. В. та інші.

Метою статті є дослідження актуальних питань щодо застосування застави як виду запобіжного заходу у кримінальному судочинстві в умовах інтеграції України до Європейського Союзу.

Завданнями статті є: характеристика системи запобіжних заходів у кримінально-процесуальному законодавстві України; правова характеристика застави як виду запобіжного заходу у кримінальному провадженні; аналіз міжнародного досвіду застосування застави; розкриття проблемних питань застосування застави у кримінальному судочинстві України та визначення шляхів їх вирішення.

Здобуття Україною незалежності, розбудова демократичної правової держави викликали необхідність реформування кримінально-процесуального законодавства як у цілому, так і окремих його інститутів. Прийнята у 1996 році

Конституція України вимагає посилення правових гарантій дотримання прав і свобод громадян. Небезпеку їх безпідставного обмеження чи порушення у кримінальному процесі становлять запобіжні заходи. Останні у певний спосіб впливають на реалізацію конституційних прав громадян, оскільки так чи інакше обмежують їх особисту свободу, хоч і тільки на підставах та в порядку, які встановлені законом, й при дотриманні усіх кримінально-процесуальних гарантій прав особи [1, с. 401].

Лівшиц Ю. Д., який є одним із дослідників проблем застосування запобіжних заходів, зазначає, що застава з давніх часів існувала не лише в цивільному, але й в кримінальному процесі. В епоху існування майнової відповідальності особи за делікти застава, а також майнова порука, застосовувались у порівнянні з іншими запобіжними заходами найчастіше. У подальшому, коли майнову відповідальність змінила особиста, ці запобіжні заходи зовсім втратили своє значення. У період панування інквізиційного процесу, де покарання за своїм характером було особистим, а по суті – індивідуально фізичною розправою, домінуючим запобіжним заходом став арешт. Згодом, у період промислового капіталізму, були поновлені такі запобіжні заходи, як застава та майнова порука [2].

У реформуванні інституту запобіжних заходів доцільно враховувати досвід зарубіжних країн.

Одним із основоположних принципів міжнародного права, зафіксованих в Європейській Конвенції про права людини, Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою (1985 рік), Керівних принципах стосовно ролі осіб, які здійснюють судове переслідування (1990 рік), є принцип обов'язкового звільнення підсудного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення з-під варти на час розслідування та розгляду його справи судом, якщо не існує державних інтересів, які б вимагали утримання такої особи під вартою. Гарантією і підставою реалізації цього принципу в національному законодавстві України є запровадження Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального процесуального кодексу України» від 20 листопада 1996 року ст. 154-1 КПК України – «Застава» [3, с. 121].

Застава як запобіжний захід у кримінальному провадженні застосовується і нині досить рідко, основною причиною цього є недосконалість національного законодавства, хоча в багатьох країнах світу застосування застави як способу забезпечення виконання обов'язків підозрюваним чи обвинуваченим швидше є нормою, ніж винятком.

Порівняння застосування даного запобіжного заходу за законодавством України, Російської Федерації, США, Німеччини та інших зарубіжних країн вказує на те, що вона є одним із «м'яких» і ефективних запобіжних заходів в кримінальному провадженні і розглядається з позиції гарантії прав людини, з урахуванням норм міжнародного права.

Застава є терміном, що означає письмову угоду між судом та обвинуваченим. Обвинувачений погоджується, що якщо йому дозволять вийти на волю до суду, до призначення покарання, то він буде дотримуватись всіх умов, встановлених судом, включаючи присутність на всіх майбутніх судових процесах. Призначаючи заставу, суд встановлює таку суму, яку обвинувачений може заплатити. Як правило, суд вимагає, щоб лише певний відсоток застави був внесений. Наприклад, суд призначає заставу в сумі 10000 доларів США з вимогою, щоб 10% цієї суми були передані клерку суду. Гроші зберігаються у клерка поки провадження у справі не закінчується, потім гроші повертаються особі, що внесла заставу [4].

Щодо застосування застави у США, то існує декілька різновидів «бейла». Наприклад, порука, завдаток, внесення готівки, гарантія з боку приватної особи, «бейл», пов'язаний з власністю.

Суб'єктом «бейла» в деяких випадках може бути бізнесмен, який стягує з обвинуваченого певний гонорар за послугу внесення «бейла» [5].

Проте, у чинному законодавстві країн Західної Європи та США застава, як і майнова порука, є найбільш ефективними та частіше за інші запобіжні заходи застосовуються в судочинстві, оскільки виконують покладені на них функції та забезпечують інтереси як кримінального процесу, так і підозрюваних, обвинувачених.

Застава, поручительство (або «бейл») відомі в США і Англії як альтернатива взяттю під варту. Якщо «бейл» встановлюється в суді і немає можливості задовольнити його умови підозрюваним або обвинуваченим, то вони можуть звернутися з письмовою заявою про зниження ставки «бейла», яку суд повинен розглянути, ухваливши відповідне рішення [5].

В кримінальній політиці США, ряду країн Європи існує збалансована система мір запобіжних заходів, яка базується на економії репресій, відповідає вимогам п. 3 ст. 9 Міжнародного пакту про громадські та політичні права, де зазначено, що «утримання під вартою осіб, які очікують судового розгляду, не повинно бути загальним правилом, але звільнення може залежати від поданих гарантій явки до суду». Аналогічні вимоги містить і ст. 5 Європейської Конвенції щодо захисту прав людини та основних свобод, яка передбачила, що можливість звільнення до суду утримуваних під вартою осіб «буде залежати від поданих гарантій явки до суду». Там держава не протиставляє себе особі, яка оступилась, а створює умови, щоб співпрацювати з людиною і спонукати її до виправлення [3, с. 124].

З однієї сторони, «Мінімальні стандартні правила ООН по відношенню до заходів, не пов'язаних з позбавленням волі (Токійські правила)», які містяться в Резолюції 45/110 Генеральної Асамблеї від 14 грудня 1990 року, дотримання яких Україна прагне в складі Ради Європи, направлені на покращення умов утримання всіх ув'язнених, і рекомендують, щоб утримання під вартою обиралось лише в тому випадку, коли не можуть застосовуватись заходи, не зв'язані з утриманням під вартою, наприклад, звільнення під заставу». Переповненість тюрем, які в більшості являють собою старі побудови з антисанітарними умовами утримання, довга і неефективна процедура досудових розслідувань, яка чинить великий психологічний тиск на утримуваних там осіб, фізична наруга і насильство над слабшими співкамерниками, внаслідок неможливості підтримання потрібної дисципліни через їх переповненість, є основним фактором, що порушує зазначені вище правила [3, с. 125].

Кримінальний процесуальний закон України не згадує про такі цілі застосування застави, як попередження перешкоджання провадженню по кримінальній справі і забезпечення виконання вироку. Можливо, що законодавець виходив з наступних міркувань: застава, на відміну від інших запобіжних заходів, забезпечується матеріальними засобами, і, у разі недотримання умов даної міри примусу, виникає кілька наслідків – застосування більш суворого запобіжного заходу (взяття під варту або домашній арешт) і звернення суми застави в дохід держави. Це єдиний запобіжний захід, при порушенні якого настають такі подвійні несприятливі наслідки для обвинуваченого. Цілі ж застосування застави одночасно є й підставами для вилучення предмета застави [6, с. 91].

Таким чином, реформування кримінального процесу взагалі й інституту запобіжних заходів зокрема має відбуватись із застосуванням загальновизнаних норм і принципів, викладених у міжнародних правових актах та прецедентних рішеннях Європейського Суду з прав людини, із беззаперечним дотриманням принципу верховенства права, пропорційності і справедливості, без будь-якого обмеження уже проголошених і гарантованих законом прав і свобод людини і проваджуватись у першу чергу в напрямку гуманізації і демократизації інституту запобіжних заходів.

Правовідносини, які виникають під час здійснення кримінального провадження, потребують чіткого законодавчого регулювання, а норми кримінального процесуального законодавства – правильного розуміння та однакового застосування.

Застосування КПК України 2012 року виявило ряд проблемних питань у виконанні окремих його положень і процедур. Деякі з них сприяють ухиленню від кримінальної відповідальності особами, які вчинили корупційні злочини, зумовлюють затягування ними досудового розслідування та судового розгляду, а також породжують зловживання на етапі досудового розслідування.

Гуманність норм КПК України щодо застосування запобіжних заходів замість гарантії забезпечення прав людини та презумпції невинуватості, засудження винуватців та виправдання невинуватих осіб в окремих випадках відкриває ймовірним корупціонерам можливість уникнути правосуддя, наприклад, призначення особам, яких застали за вчиненням злочину:

1) застави в розмірі, еквівалентному сумі хабара;

2) запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, навіть після попередньої втечі;

3) запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, без забезпечення контролю місця перебування корупціонера тощо [7].

Ці та інші епізоди зумовлюють тривожно низькі результати роботи судів та правоохоронних органів.

З метою припинення такого необґрунтованого ставлення суддів до осіб, підозрюваних у вчиненні тяжких та особливо тяжких корупційних злочинів, вдосконалення механізму застосування застави та інших запобіжних заходів, відмінних від тримання під вартою у Верховній Раді України VIII скликання було зареєстровано низку законодавчих ініціатив.

Переважною більшістю вказаних законопроектів пропонується значно розширити перелік злочинів, підозра (обвинувачення) у вчиненні яких виключає можливість застосування до підозрюваних (обвинувачених) будь-яких інших видів запобіжних заходів, окрім тримання під вартою, за рахунок доповнення його нормами про окремі корупційні злочини [7].

Проблемним питанням залишається визначення предмета застави. З роз'яснень п. 5 Постанови Пленуму вбачається, що предметом застави можуть бути гроші чи інші матеріальні цінності – будь-яке майно, що перебуває в цивільному обігу, належить підозрюваному, обвинуваченому або іншому заставодавцю на праві власності і може бути відчужене ним.

У разі прийняття як застави грошей про це складається відповідний протокол, до якого додається документ, що підтверджує одержання грошової суми на спеціальний рахунок.

Якщо ж як заставу використовують майно, необхідно з'ясувати такі питання:

– чи є підозрюваний, обвинувачений або заставодавець власником майна;

– яка вартість цього майна;

– як забезпечити його зберігання в разі прийняття як застави;

– чи не виникнуть труднощі або цивільно-правові спори при вирішенні питання про звернення майна, прийнятого в якості застави, в дохід держави чи на користь цивільного позивача.

Як підкреслено у п. 5 Постанови, майно повинно мати такі характеристики, таку якість і такий правовий статус, щоб виконання судового рішення про позбавлення права власності на нього підозрюваного, обвинуваченого чи іншого заставодавця не було поєднане з будь-якими труднощами [8].

При внесенні застави підозрюваному, обвинуваченому роз'яснюються його обов'язки і наслідки їх невиконання, а заставникові – в скоєнні якого злочину підозрюється або обвинувачується особа, до якої застосовується запобіжний захід, і що у разі невиконання ним своїх обов'язків застава буде звернена в дохід держави. Таким чином, можна зазначити, що за своїм змістом застава є менш суворим заходом ніж взяття під варту, проте суворішим, ніж усі інші запобіжні заходи, оскільки невиконання підозрюваним, обвинуваченим зобов'язань, які покладені на нього у зв'язку з невиконанням застави, може спричинити не тільки зміну запобіжного заходу на взяття під варту, але й майнові втрати для нього самого або інших осіб. Таким чином законодавець установив умови так, щоб ухилення від дотримання зобов'язань, узятих на себе у зв'язку із застосуванням застави, було для нього економічно невигідним.

Питання про звернення застави в дохід держави вирішується судом у судовому засіданні при розгляді справи або в іншому судовому засіданні. У судове засідання викликається заставник для давання пояснень. Нез'явлення без поважних причин заставника в судове засідання не перешкоджає розгляду питання про звернення застави в дохід держави [9].

Ознайомлення з досвідом застосування застави в Україні й інших країнах дозволяє більш глибоко засвоїти, усвідомити проблематику даного питання, досконало вирішувати складні питання, що стосуються застави як запобіжного заходу у кримінальному судочинстві.

Застава як запобіжний захід у національному кримінальному провадженні застосовується і нині досить рідко, основною причиною цього є недосконаліть національного законодавства, хоча в багатьох країнах світу застосування застави як способу забезпечення виконання обов'язків підозрюваним чи обвинуваченим швидше є нормою, ніж винятком.

Таким чином, дослідження даної теми є актуальним та важливим, оскільки багато питань практичного застосування застави як запобіжного заходу у кримінальному судочинстві залишились недопрацьованими. У вирішенні даного питання доцільно використати міжнародний досвід із застосуванням загальновизнаних норм і принципів, викладених у міжнародних правових актах та прецедентних рішеннях Європейського Суду з прав людини, з дотриманням принципу верховенства права, пропорційності і справедливості.

ЛІТЕРАТУРА

1. Крайнюк В. Г. Застава як запобіжний захід в кримінальному судочинстві / В. Г. Крайнюк // Учені записки Таврического національного університету ім. В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки». – 2013. –Т. 265(65). – № 1. – С. 401–407.

2. Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе / Ю. Д. Лившиц. – М. : Юридическая литература, 1964. – 138 с.

3. Данченко Т. В. Міжнародний досвід застосування застави / Т. В. Данченко // Сучасні питання економіки і права. – 2011. – Вип. 2. – С. 121–127.

4. Даев В. Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса / В. Г. Даев. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1982. – 358 с.

5. Руднев В. Залог в России, «бейл» в США / В. Руднев // Российская юстиция. – 1998. – № 4. – С. 22.

6. Баранов С. А. Цели применения и меры присечения в виде залога / С. А. Баранов // Бизнес в законе. – 2009. – С. 91–94.

7. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України» (щодо підвищення ефективності застосування запобіжних заходів стосовно осіб, підозрюваних чи обвинувачених у вчиненні тяжких або особливо тяжких корупційних злочинів) від 28 липня 2015 року [Електронний ресурс].– Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=56205&pf35401=353951

8. Бущенко А. П. Застосування застави як запобіжного заходу під час розслідування та судового розгляду / А. П. Бущенко, Л. Б. Ільковець // Методичні рекомендації. – 2007. – С. 4–11.

9. Гончарова-Парфьонова О. О. Проблемні питання застосування застави як запобіжного заходу / О. О. Гончарова-Парфьонова // Актуальні проблеми держави і права. – 2006. – С. 60–64.

УДК 343.98

ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ПРОВЕДЕННЯ ОСВІДУВАННЯ ТА ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВО-МЕДИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЗҐВАЛТУВАНЬ

FEATURES OF TACTICS OF EXAMINATION AND FORENSIC MEDICAL EXAMINATION IN INVESTIGATION OF RAPE

Кислюк Р.Л.,
студент IV курсу
Східноєвропейський національний університет імені Лесі Українки

Ковальова Р.Я.,
студент IV курсу
Східноєвропейський національний університет імені Лесі Українки

Стаття присвячена висвітленню особливостей тактики проведення освідування та призначення судово-медичної експертизи при розслідуванні зґвалтувань. Обґрунтовано важливе значення цих слідчих дій для розкриття злочинів даної категорії. У статті зроблено спробу визначити відмінності освідування та судово-медичної експертизи у провадженнях про зґвалтування.

Ключові слова: зґвалтування, тактика розслідування, освідування, судово-медичне освідування, судово-медична експертиза.

В статье рассматривается актуальная проблема криминалистики об особенностях тактики проведения освидетельствования и судебно-медицинской экспертизы при расследовании изнасилований. Обосновано важное значение этих следственных действий для раскрытия преступлений данной категории. В статье сделана попытка определить отличия освидетельствования и судебно-медицинской экспертизы по делам об изнасиловании.

Ключевые слова: изнасилование, тактика расследования, освидетельствование, судебно-медицинское освидетельствование, судебно-медицинская экспертиза.

The article is dedicated to clarifying the topical issue of criminalistics regarding features of tactics of examination and forensic medical examination in investigation of rape. These investigative actions are important for solving crimes in this category. So, the procedure of forensic medical examination is regulated by both Criminal Procedure Code and special legislation, while the question of examination remains open, because the legislation doesn't contain the definition of examination, but only outlines general principles of its implementation. In the article an attempt is made to distinguish examination and forensic medical examination in cases of rape.

The Criminal Procedure Code of Ukraine of 1960 had two types of examination: investigator's and medical which differed by tasks, subjects, who held them, and documents which were made according to the results of proceedings, then there is no such differentiation in new Criminal Procedure Code of Ukraine. However, both medical examination and investigator's examination are held in practice.

Special medical knowledge is not needed for investigator's examination, but special knowledge in the field of medicine is necessary for medical examination, because specific problems have to be solved.

Examination and medical examination differ in content, because in the course of examination the presence (absence) of rape signs on the body of a certain person, special signs, signs of professional belonging are revealed. That is, examination only indicates the presence of the above mentioned facts, while expertise finds out their belonging to a certain person.

In addition, for examination the investigator does not need to have special knowledge in contrast to expertise, which only the expert, a qualified specialist with necessary knowledge in a certain area, has the right to held.

The common feature of forensic medical examination and examination is the possibility to implement them in a voluntary and compulsory order.

Key words: rape, tactics of investigation, investigator's examination, medical examination, forensic medical examination.

При розслідуванні згвалтувань одними з першочергових невідкладних слідчих дій є освідування та призначення судово-медичної експертизи, оскільки без них дуже важко довести факт зґвалтування та отримати необхідні докази. Не зважаючи на відсутність у законодавстві розмежування на слідче та судово-медичне освідування, на практиці має місце проведення обох видів. Разом з тим, досі ведеться дискусія про те, чи судово-медичне освідування є окремою слідчою дією, чи повинне проводитись в рамках судово-медичної експертизи. Ця ситуація також обумовлюється й відсутністю чіткого законодавчого визначення поняття освідування.

Згвалтування вважається найнебезпечнішим серед злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості. Власне, ця небезпечність полягає у спричиненні цим злочином тяжких наслідків як для самої потерпілої особи (виражаються у негативному впливі на її фізичне та психічне здоров'я), так і для суспільства в цілому, оскільки сприяє падінню моральних принципів та зниженню культурного рівня суспільства. Особливість розслідування сексуального насильства обумовлена необхідністю втручання в інтимну сферу життя, що призводить до складнощів встановлення окремих обставин у кримінальному провадженні. Також значну роль відіграє небажання потерпілої особи заявляти про вчинення щодо неї статевого злочину. Не менш важливим є вміння самого слідчого використовувати всі доступні йому засоби отримання інформації при розслідуванні такої категорії злочинів.

Загальна тактика проведення освідування та судово-медичної експертизи досить детально проаналізована науковцями-криміналістами. Так, вагомий внесок у розробку наукових основ проведення цих слідчих дій зробили такі вчені як В. Маринів, К. Чаплинський, П. Коляда, Н. Клименко, С. Єфімичев, В. Колмаков, В. Коновалова, В. Кузьмічов, О. Сташис, В. Тацій, М. Мамотюк, П. Біленчук, В. Бірюков, В. Абрамова та інші. Але при цьому деякі проблеми залишились невирішеними та потребують подальшого ґрунтовного дослідження.

Мета статті полягає у дослідженні особливостей тактики проведення освідування та призначення судово-медичної експертизи як складових частин процесу розслідування зґвалтування.

Відповідно до ст. 152 Кримінального кодексу України зґвалтування визначено як статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи [1].

Розслідування цього виду злочинів розпочинається лише на підставі відповідної заяви потерпілого або інших, визначених законом осіб. Одразу після прийняття такої заяви слідчий повинен негайно внести відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і розпочати досудове розслідування, адже зволікання у цій справі може призвести до втрати слідів злочину, доказової бази, що свідчить про насильницький характер статевих зносини між потерпілим та підозрюваним.

Як правило, жертвами зґвалтувань виступають жінки, при цьому серед них високий відсоток неповнолітніх. Найчастіше зґвалтування вчиняються щодо осіб, з якими ґвалтівник перебуває у певних стосунках (знайомі, друзі, колеги по роботі тощо). Жертви статевих злочинів досить часто самі провокують ґвалтівників, оскільки носять надто відвертий одяг, відкрито фліртують з незнайомцями тощо. У багатьох випадках ґвалтівник та жертва (або один із них) перебувають у стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння, що унеможливлює розуміння значення власних дій.

Серед злочинців виділяють осіб з порушеннями психіки чи іншими патологічними аномаліями, парафіліями та осіб, що не мають відповідних порушень і є психічно здорові. Так, особи, хворі слабоумством, найчастіше посягають на статеву свободу та недоторканість малолітніх та неповнолітніх осіб. Ті ж злочинці, які схильні до різного роду парафілій (фетишизм, садизм, копрофілія і т. д.), характеризуються неконтрольованим статевим потягом та відсутністю у них статевої культури, що й зумовлює специфічний вибір статевих партнерів.

Статеві злочини можуть вчинятись й особами без психічних відхилень. Але в такому випадку у злочинців спостерігається низький рівень освіченості та відсутність статевої культури. Так, серед цієї категорії осіб зґвалтування вчиняються хронічними алкоголіками, наркоманами та рецидивістами, що уже відбували покарання за подібні злочини. Цікава особливість спостерігається щодо неповнолітніх ґвалтівників. Останні, як правило, здійснюють такі злочини групою. Це пояснюється бажанням проявити силу у своєму оточенні, домінувати над жертвою та стати частиною банди. Інший тип ґвалтівників – це особи, які перебували у певних стосунках із жертвою, і внаслідок розкутої поведінки останньої здійснили по відношенню до неї злочин.

Для розслідування зґвалтування важливе значення має як проведення освідування, так і призначення судово-медичної експертизи потерпілої та підозрюваної осіб. Так, процедура судової експертизи регламентується як Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України), так і спеціальним законодавством, в той же час питання освідування залишається відкритим, оскільки законодавство не містить дефініції освідування, а лише окреслює загальні засади його проведення.

У КПК України 1960 року передбачалося два види освідування: слідче та судово-медичне, які відрізнялись завданнями, суб'єктами, які їх проводили та процесуальними документами, які складались за результатами процесуальної дії. В чинному КПК України відсутнє таке розмежування [2, с. 180]. Однак, на практиці проводиться як судово-медичне, так і слідче освідування.

Так, для слідчого освідування не вимагається спеціальних медичних пізнань. При провадженні ж судово-медичного освідування необхідні спеціальні знання в галузі медицини, оскільки вирішенню підлягають спеціальні питання. У свою чергу, судово-медичне освідування не слід ототожнювати із судово-медичною експертизою, яка призначається і проводиться у порядку, передбаченому ст. 242 КПК України, результати якої оформляються висновком експерта [3, с. 617].

З приводу ролі судово-медичного освідування в доктрині склалися різні думки. Так, С. Шейфер дотримується точки зору, що судово-медичне освідування не є самостійною слідчою дією, а проводиться в рамках судової експертизи, оскільки обстеження живих осіб шляхом медичного спостереження часто пов'язано із вирішенням складних завдань, які вимагають глибоких професійних пізнань [4, с. 24-25]. До цієї думки схиляється В. Дрозд, який вважає, що визначення стану людини дещо виходить за межі освідування, оскільки потребує проведення відповідних ґрунтовних досліджень [5, с. 10].

На думку Є. Лук'янчикова та К. Чаплинського, для визначення стану організму людини (зокрема, встановлення статевої зрілості особи, ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, отриманих при зґвалтуванні тощо) необхідні спеціальні знання та проведення судово-медичної експертизи, але не освідування, оскільки воно не має на меті проведення досліджень над людиною. Втім, науковці виділяють судово-медичне освідування як різновид освідування, яке проводиться судово-медичним експертом або лікарем для встановлення на тілі людини ушкоджень будь-якого походження [6, с. 125; 7, с. 250].

А. Дубинський відзначає, що проведення судово-медичної експертизи є необов'язковим у випадках вирішення нескладних завдань, наприклад стосовно алкогольного сп'яніння, виявлення зовнішніх змін організму людини тощо [8, с. 91].

Такі науковці як А. Даниленко, Т. Савчук, В. Гусєва наголошують на необхідності проведення судово-медичного освідування лише в рамках судово-медичної експертизи, а не як самостійної слідчої (розшукової) дії, адже в тому випадку, якщо в процесі освідування виникає потреба у застосуванні спеціальних знань в галузі медицини для виявлення слідів кримінального правопорушення, то достатнім буде залучення судово-медичного експерта чи лікаря (як при проведенні огляду місця події за наявності трупа), а не проведення самостійної слідчої (розшукової) дії – судово-медичного освідування [2, с. 182].

Особливу роль освідування відіграє у випадку, коли немає можливості невідкладно призначити та провести судово-медичну експертизу та запобігти знищенню доказової бази на тілі потерпілого та підозрюваного. У разі освідування зґвалтованої особи жіночої статі її найкраще оглянути в жіночій консультації, лікарні чи поліклініці за участю відповідного спеціаліста (лікаря-гінеколога), а підозрюваного можна оглядати у медичних закладах із залученням лікаря-уролога чи хірурга.

Характерні риси має освідування при розслідуванні зґвалтування неповнолітніх осіб. Так, особлива увага приділяється дотриманню права неповнолітнього на забезпечення участі при проведенні цієї слідчої дії захисника, законного представника, педагога або психолога, а в разі необхідності – лікаря. При безпосередньому проведенні освідування неповнолітнього спочатку вирішуються такі організаційні питання:

1) видалення з приміщення усіх зайвих осіб;

2) засвідчення особистості освідуваного та інших учасників за їх документами та оголошення постанови про проведення освідування, повідомлення про фіксацію слідчої дії;

3) повідомлення всіх учасників про мету проведення освідування, роз'яснення їх прав та обов'язків;

4) пропозиція неповнолітньому добровільно пройти освідування, а в разі відмови – провести його примусово.

Після цього слідчий переходить до безпосереднього огляду тіла освідуваного. Перш за все слідчий проводить загальний огляд зверху вниз, від загального до окремого, фіксує одяг, оглядає відкриті ділянки тіла. Потім освідуваному пропонується послідовно знімати одяг з метою огляду його тіла та/або одягу. Саме тіло оглядається із залученням спеціалістів, які детально описують виявлені тілесні ушкодження, особливі прикмети тощо [9, с. 226-227].

У ст. 238 КПК України передбачено, що у разі, якщо виявлено труп із зовнішніми ознаками зґвалтування,

то слідчий, прокурор повинен провести огляд тіла з обов'язковою участю судово-медичного експерта або лікаря, якщо вчасно залучити експерта неможливо. Після цього труп підлягає судово-медичній експертизі з приводу встановлення причин смерті [10].

Як було зазначено нами раніше, питання судово-медичної експертизи детально врегульоване законодавством. При розслідуванні згвалтування щодо неповнолітніх осіб для вирішення питання про досягнення потерпілою особою статевої зрілості її призначення є обов'язковим [11]. Експерт також оцінює наслідки статевого злочину, що можуть виражатись у наявності психічної чи фізичної травми, небажаній вагітності, спричиненні зараження венеричними хворобами, самогубстві тощо.

Крім цього, у постанові Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» встановлюється, що визначення характеру впливу на організм потерпілої особи лікарських препаратів, наркотичних засобів, отруйних, токсичних чи інших сильнодіючих речовин, вживання яких могло привести її до безпорадного стану, потребує спеціальних знань. Тому у таких та в інших подібних випадках слід призначати відповідну експертизу [11].

Досить часто призначення судово-медичної експертизи у справах про зґвалтування має на меті дослідити не лише тіло особи, а й речові докази злочину. У цьому випадку вирішенню підлягають такі питання:

1) чи є на досліджуваних предметах сліди крові, слини, сперми, яка їхня група і тип; які інші особливості має кров, що виявлена на досліджуваних предметах або на тілі потерпілої особи, її одязі; як давно утворилися сліди крові на досліджуваних предметах; чи може належати підозрюваному кров, сперма, слина, що виявлені на досліджуваних предметах або на тілі потерпілої особи;

2) чи належить волосся, виявлене на певному предметі або на тілі потерпілої особи, людині; якщо волосся, що виявлено на певному предметі або на тілі потерпілої особи, належить людині, то воно вирвано чи випало; волосся, що виявлено на певному предметі або на тілі потерпілої особи, належить чоловікові чи жінці; чи подібне волосся, що виявлено на певному предметі або на тілі потерпілої особи, її одязі, до волосся підозрюваної особи тощо [12, с. 172-173].

На відміну від освідування, результати якого зазначаються лише у протоколі та додатках до нього, судово-медична експертиза завершується підготовкою висновку експерта, зміст якого визначається ст. 101 КПК України. Ці слідчі дії різняться між собою і за змістом, оскільки в ході освідування з'ясовується наявність (відсутність) на тілі конкретної особи ознак згвалтування (ними можуть бути тілесні ушкодження, виявлені речовини на тілі потерпілої та підозрюваного тощо), особливі прикмети (татуювання, родимі плями, рубці, відсутність певних частин тіла і т. д.) тощо. Таким чином, освідування лише вказує на наявність вище перелічених фактів, в той час, як експертиза встановлює їх приналежність певній особі.

Крім того, для проведення освідування слідчому не потрібно володіти спеціальними знаннями на противагу експертизі, яку в праві проводити лише експерт – кваліфікований фахівець з необхідними знаннями в певній галузі.

На сьогоднішній день чинне законодавство містить чимало норм, що стосуються призначення судово-медичної експертизи та проведення освідування при розслідуванні згвалтувань. Хоча законодавець виокремлює їх як самостійні слідчі дії, проте існуючий поділ освідування на слідче та судово-медичне зумовлює наукові суперечки з приводу співвідношення та розмежування освідування й судово-медичної експертизи. Тобто, судово-медичне освідування – це все таки вид освідування, оскільки воно проводиться за постановою прокурора із залученням судово-медичного експерта або лікаря. Крім того, результати цього освідування зазначаються у протоколі і можуть бути в подальшому використані при проведенні відповідної експертизи. Судово-медичне освідування передує судово-медичній експертизі, і не може бути її складовою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 року № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

2. Даниленко А. В. Деякі проблемні питання освідування осіб / А. В. Даниленко, Т. І. Савчук, Л. С. Купріянова, В. О. Гусєва // Вчені записки Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського. Серія : Юридичні науки. – 2013. – № 1. – Т. 26 (65). – С. 180–185.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / Є. М. Блажівський, Ю. М. Грошевий, Ю. М. Дьомін та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація. – Х. : Право, 2012. – 768 с.

4. Шейфер С. А. Следственные действия : Система и процессуальная форма / С. А. Шейфер. – М. : Юридическая литература, 1981. – 128 с.

5. Дрозд В. Г. Організаційні і тактичні аспекти розслідування умисних тяжких тілесних ушкоджень : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика ; судова експертиза ; оперативно-розшукова діяльність» / В. Г. Дрозд. – Київ, 2009. –16 с.

6. Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів : монографія / Є. Д. Лук'янчиков. – К. : Національна академія внутрішніх справ України, 2005. – 360 с.

7. Чаплинський К. Ю. Організаційні і тактичні особливості судово-медичного освідування / К. Ю. Чаплинський // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2011. – № 1. – С. 248–252.

8. Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя. Правовые и организационные проблемы / А. Я. Дубинский ; Отв. ред. Г. И. Чангули. – К. : Наукова думка, 1984. – 182 с.

9. Харченко С. В. Тактика проведення освідування неповнолітніх осіб / С. В. Харченко // Науковий Вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. 3 – С. 225–229.

10. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року №4651-17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

11. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : Постанова Верховного Суду України від 30 травня 2008 року № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08

12. Розум О. М. Застосування спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених із особливою жорстокістю / О. М. Розум // Науковий вісник Національного університету Державної податкової служби України (економіка, право). – 2013. – № 2. – С. 170–174.

УДК 343.983

МЕХАНІЗМ УТВОРЕННЯ СЛІДІВ НА КУЛЯХ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ПОСТРІЛІВ

THE MECHANISM OF FORMATION OF TRACES OF BALLETS DURING SHOTS

Мельник Р.В.,
к.ю.н., головний судовий експерт
відділу дослідження та сертифікації зброї
ДНДЕКЦ МВС України

Голдинський І.А.,
старший судовий експерт відділу балістичного обліку
ДНДЕКЦ МВС України

У статті викладено комплексний розгляд питання механізму утворення слідів на кулях під час проведення пострілів, визначено організаційні та практичні основи механізму утворення слідів на кулях під час проведення пострілів. Також описано основні підходи щодо механізму утворення слідів на кулях під час проведення пострілів.

Ключові слова: куля, канал ствола, сліди, дульна частина каналу ствола, постріл, механізм утворення слідів на кулях, первинні сліди, вторинні сліди, поле нарізу.

В статье изложено комплексное рассмотрение вопроса механизма образования следов на пулях при проведении выстрелов. Определены организационные и практические основы механизма образования следов на пулях при проведении выстрелов. Также описаны основные подходы к механизму образования следов на пулях во время проведения выстрелов.

Ключевые слова: пуля, канал ствола, следы, дульная часть канала ствола, выстрел, механизм образования следов на пулях, первичные следы, вторичные следы, поле нарезов.

The article presents a comprehensive consideration of the formation mechanism of traces on bullets during the shots. To organizational and practical foundations of mechanism of traces on bullets during shots. Also describe the main approaches to the mechanism of formation of traces on the balls during the shot.

Key words: bullet, bore, tracks, muzzle of the barrel, shot, mechanism of traces on bullets, primary tracks, secondary tracks, field cuttings.

На сьогоднішній день, в період швидкої криміналізації суспільства, важко собі уявити роботу правоохоронних органів без застосування судово-балістичної експертизи. Майже половина злочинів в нашому суспільстві вчиняються з використанням вогнепальної зброї, тому правоохоронцям дуже часто доводиться звертатись до судової балістики. Роль даної науки важлива і не тільки тому, що при вчинені злочинів душе широко використовуються найрізноманітніші види і зразки вогнепальної зброї, а також і тому, що з використанням вогнепальної зброї вчиняються тяжкі, особливо небезпечні злочини проти здоров'я та життя людей.

Криміналісти, які працюють в області судової балістики, активно займаються дослідженням слідів, які виникли при стрільбі зі зброї, вивчають механізм утворення ознак, які використовуються з метою ідентифікації зброї, розробляють прийоми дослідження, які найефективніше можуть бути використані в експертній практиці, займаються процесами удосконалення методик дослідження вогнепальної зброї.

Сліди на кулях від каналу ствола утворюються в дуже складних умовах. Виразність їх залежить від багатьох умов, які не завжди піддаються обліку. Індивідуальність слідів на кулі при кожному пострілі з одного і того ж зразка зброї виражена досить по-різному. Залежить це від стану стінок каналу ствола та від даних самої кулі, оскільки кулі патронів одного і того ж зразка зброї завжди трохи відрізняються одна від одної за діаметром та за формою, а іноді й за характером металу оболонки (його пластичності та твердості). Для утворення слідів на кулях найбільше значення має дульна частина каналу ствола, оскільки нерівності, що маються там, при проходженні їх з кулею можуть зношуватись та змінювати сліди, які утворилися на ній від ділянок ствола, розташованих ближче до патронника.

Рельєф поверхні каналу ствола змінюється від пострілу до пострілу. Корозія ствола наступає відразу ж після пострілу. В момент пострілу верхній шар металу руйнується від тертя кулі, тиску порохових газів та високої температури. При пострілі оплавляються стінки каналу ствола та розмивається (розчиняється) метал. Від цього виникають заглиблення, котрі спочатку мають мікроскопічні розміри. В них осідають хлористі солі з капсульного складу, що знаходяться у вигляді пару. Потім на поверхні каналу ствола виникають раковини. На сталь каналу ствола діє також волога та кисень з повітря, в результаті чого виникає корозія [4, с. 98-112].

Складність механізмів утворення цих слідів залежить також від дуже малого проміжку часу, протягом якого вони виникають (близько 0,002 секунди), та величезного тиску в каналі ствола в момент пострілу (до 3000 і вище атмосфер). На утворення слідів дуже великий вплив має сила тертя кулі зі стінками каналу ствола. Чим більш нерівна поверхня каналу ствола, тим більша сила тертя. Внаслідок більшого діаметру кулі у порівнянні з діаметром каналу ствола розвивається сила тиску. Куля в каналі ствола змінює свою форму, вона трохи витягується. В момент пострілу куля спочатку долає нарізи каналу ствола, а потім врізується в них, рухається прямолінійно. Від цього в передній частині кулі утворюються трохи більші за шириною сліди від нарізів, чим в інших частинах її корпуса.

Значний внесок у розвиток судової балістики зробили В. Черваков, С. Кустанович, Б. Комаринець, Ю. Кубицький та інші. Вони визначають її зміст як вивчення закономірностей пострілу та дії зброї і розробку на цій основі науково-технічних методів і засобів виявлення, фіксації та дослідження вогнепальної зброї, боєприпасів до неї, стріляних куль, гільз, шроту, картечі, пижів, слідів пострілу та явищ, що супроводжують постріл, з метою розслідування та попередження злочинів.

Визначення системи та моделі, коли зброя ще не знайдена, відіграє чи не найголовніше значення для слідчих та оперативних підрозділів щодо її встановлення.

Для визначення по вистріляним кулям системи та моделі зброї необхідно добре знати матеріальну частину, взаємодію частин та механізмів зброї, особливості кожної

системи зброї, процес слідоутворення на кулях, довідкові дані тощо.

На кулі виникають сліди полів нарізів двох видів [1, с. 127-135]:

1. Сліди, що розташовуються приблизно паралельно повздовжньої осі кулі, за часом їхнього утворення їх прийнято називати – первинними слідами.

2. Сліди похилі до повздовжньої осі кулі, причому їхній нахил відповідає куту нарізів каналу ствола, що прийнято називати за часом їхнього утворення – вторинними слідами.

Первинні сліди виникають при поступальному русі кулі і при переході руху кулі в поступально-обертальний, вторинні – утворюються, коли куля має поступально-обертальний рух (рухається по нарізах).

Розглянемо три випадки утворення слідів полів нарізів на стріляних кулях:

Первинний слід поля нарізу на кулі утворюється в такий спосіб (рис. 1): вийшовши з гільзи та отримавши поступальний рух, куля початком своєї головної частини «мн» ударяється по казенному краю поля нарізу «БВ». В ході поступального руху кулі край поля нарізу «БВ» дійде до якогось положення «бв», коли куля в результаті форсування нарізів отримає, поряд із поступальним, обертальний рух. При поступальному русі кулі казенний край поля нарізу і поверхня початку поля нарізу зішкребуть на головній частині кулі поверхню «мбвн». Тут утвориться первинний слід поля нарізу. До моменту переходу кулі до обертально-поступального руху бойова грань нарізу «ВГ» займе положення «вг» і площа кулі «нвг» буде піддана дії цієї частини, що утворить первинний слід поля нарізу. Таким чином, первинний слід поля нарізу складається з двох ділянок: першої, в якій відображаються повздовжні до осі кулі траси і подряпини нерівностей казенного краю поля нарізу і деякої частини поля нарізу біля цього краю

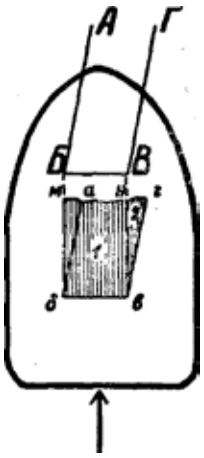

Рис. 1. Перший випадок утворення слідів полів нарізів на кулях

Утворення первинних слідів.

(відм. 1), і другої, в якій відображаються повздовжні до осі кулі подряпини нерівностей початку бойової грані нарізу (відм. 2).

В результаті дії бойових граней куля, поряд з поступальним, набуває обертального руху і «йде» по нарізах. При цьому на ній утворюються вторинні сліди (похилі до повздовжньої осі кулі), що виникають після первинних і нерідко в значній мірі їх перекривають (рис. 2). Край поля нарізу «БВ» від ліній «бв» проходить до лінії «де» біля хвостової частини кулі, де втрачає контакт з поверхнею кулі. При цьому лінії «бд» і «ве» збігаються із напрямком граней нарізів «АБ» і «ГВ» і є як би відбитками цих граней нарізів. В результаті казенний край поля нарізу «БВ» зішкребе площу «бдев», після чого його дія на кулю припиниться, тому що куля його вже пройде.

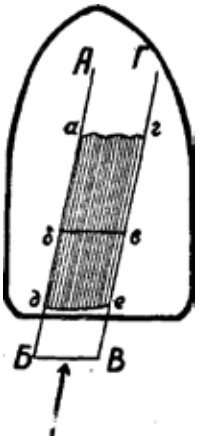

Рис. 2. Перший випадок утворення слідів полів нарізів на кулях

Утворення вторинних слідів.

При подальшому русі куля, рухаючись по нарізах, в сліді поля нарізу зазнає впливу дії сили тертя всієї поверхні поля нарізу на площу «адег», в результаті чого від виступаючих нерівностей поверхні поля нарізу утворяться траси і подряпини, похилі до осі кулі на кут, який дорівнює куту нарізів, що проходить паралельно «відбитку» бойової грані.

Таким чином, в сліді поля нарізу є ділянки (рис. 3) відмінні за механізмом їх слідоутворення:

– первинний слід від казенного краю поля нарізу і поверхні початку поля нарізу, не перекритий вторинними слідами – «мба» (відм. 1);

– сполучення первинного сліду казенного краю поля нарізу і поверхні початку нарізу і вторинного сліду поверхні поля нарізу по всій довжині ствола «абвн» (відм. 2). Вторинні сліди можуть цілком або частково перекривати первинні;

– сполучення первинного сліду від бойової грані нарізу і вторинного сліду поверхні поля нарізу по всій його довжині «нвг» (відм. 3). Вторинні сліди часто перекривають цілком або у великому ступені первинні сліди;

– сполучення вторинного сліду від казенного краю поля нарізу і такого ж сліду від усієї поверхні поля нарізу – «бдев» (відм. 4).

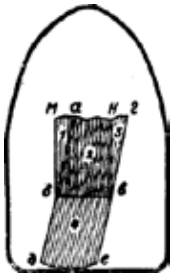

Рис. 3. Перший випадок утворення слідів полів нарізів на кулях

1 – тільки первинний слід від казенного краю поля і від початку поля нарізу;

2 – сполучення первинного сліду від казенного краю і початку поля нарізу з вторинним слідом від поверхні поля нарізу;

3 – сполучення первинного сліду від бойової грані і вторинного сліду

від поверхні поля нарізу;

4 – тільки вторинний слід від казенного краю і поверхні поля нарізу.

Відстань «мб», на якій казенний край робить траси на кулі (а, отже, відтворює первинні сліди), не є постійною для визначеної зброї, тому що залежить від багатьох чинників: швидкості, за якої куля форсує нарізи; розмірів кулі (її діаметр і довжина); матеріалу оболонки кулі. Так ця відстань буде меншою при невеликому тиску в момент пострілу, при великому розмірі кулі, при значній твердості оболонки кулі.

Дуже частий для військової зброї. На кулі виникають як вторинний, так і первинний сліди від поля нарізу. Первинні сліди виражені краще, ніж у першому випадку. Тут куля одержує поступально-обертальний рух по нарізах вже цілком увійшовши в нарізну частину каналу ствола. Це спостерігається:

1. Якщо розширений (зношений) кульний вхід і казенна частина каналу ствола зброї.

2. Якщо при форсуванні нарізів куля мала значну швидкість руху (військова зброя з сильним патроном, револьвери).

3. Якщо куля коротка і, отже, її циліндрична поверхня сприймає вплив бойових граней каналу ствола на невеликій ділянці.

Первинний слід поля нарізу на кулі утворюється в такий спосіб (рис. 4): вийшовши з гільзи й отримавши поступальний рух, куля початком своєї головної частини «мн» ударяється по казенному краю поля нарізу «БВ», що зішкребе на її головній частині поверхню «мжин». Куля одержує поступально-обертальний рух при положенні казенної частини полів нарізів за її межами на лінії «бв». В цей момент бойова грань поля нарізу «ВГ» займає положення «вг», в результаті чого ділянка кулі «ниег» буде піддана її дії і тут утворяться первинні сліди. Таким чином, первинний слід поля нарізу складається з двох ділянок (відм. 1 і 2), аналогічні тим, що

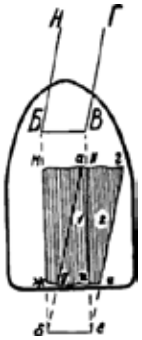

Рис. 4. Другий випадок утворення слідів полів нарізів на кулях

Утворення первинних слідів.

утворюються в першому випадку. Розходження тільки в тому, що первинний слід ширше і у його утворенні бере участь велика поверхня початку поля нарізу.

Оскільки куля одержує обертальний рух цілком увійшовши в нарізи, вторинний слід буде утворений всією поверхнею поля нарізу, за винятком казенного краю поля і ділянки, що прилягає до цього краю [3, с. 151-166].

В сліді поля нарізу розрізняють такі ділянки (рис. 5):

– первинний слід від казенного краю і поверхні початку поля нарізу – «мжда» (відм. 1);

– сполучення первинного сліду від казенного краю і поверхні початку поля нарізу і вторинного сліду від поверхні поля нарізу «адин» (відм. 2);

– сполучення первинного сліду від бойової грані нарізу і вторинного сліду від поверхні поля нарізу «ниег» (відм. 3). Вторинні сліди цілком або частково на своїй ділянці перекривають первинні сліди.

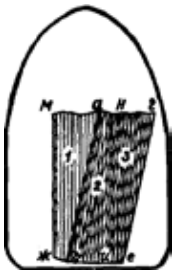

Рис. 5. Другий випадок утворення слідів полів нарізів на кулях:

1 – тільки первинний слід від казенного краю і від початку поля нарізу;

2 – сполучення первинного сліду від казенного краю і початку поля нарізу з вторинним слідом від поверхні поля нарізу;

3 – сполучення первинного сліду від бойової грані нарізу і вторинного сліду від поверхні поля нарізу.

Поверхня кулі між точками «ж» і «д» (рис. 5) здерта при утворенні первинного сліду і не прилягає до поверхні каналу ствола зброї. В зазначений проміжок при русі кулі по каналу ствола проникнуть і випередять кулю порохові гази, в результаті чого відбудеться:

1. Розпал поверхні каналу ствола в цьому місці (біля відомої грані нарізу).

2. Закопченість поверхні кулі, що виражена сильніше при більшому проміжку між поверхнею кулі і каналом ствола, і може бути використана як ідентифікуюча ознака, що відображає особливість каналу ствола.

На ширину первинних слідів полів нарізів впливають ті ж самі чинники, що зазначені вище, які визначають початок врізання кулі в нарізи [2, с. 57-59].

Має місце при відносно невеликому тиску в каналі ствола зброї в початковий момент пострілу, внаслідок чого куля форсує нарізи при порівняно невеликій швидкості. При цих умовах куля ударяється по казенному краю поля нарізу і, увійшовши своєю головною частиною на дуже невелику відстань в нарізи, вже набуває обертального руху і «йде» по нарізах. Погано виражені первинні сліди перекриваються вторинними і можуть бути цілком відсутніми. На кулі спостерігаються вторинні (похилі сліди), що відображають казенні краї полів нарізів і результати дії всієї поверхні полів нарізів

Судова балістика – широка галузь знань криміналістичної науки, тому в даній статті ми висвітлили лише окремі питання. Починаючи дану статтю, ми вважали за необхідне висвітлити лише ті питання, які в більшій мірі є головною проблемою. На нашу думку, головною проблемою є дослідження механізму утворення слідів на кулях під час проведення пострілів. Сліди на кулях від каналу ствола утворюються в дуже складних умовах. Вираженість їх залежить від багатьох умов, які не завжди піддаються обліку. Індивідуальність слідів на кулі при кожному пострілі з одного і того ж зразка зброї виражена досить різко. Залежить це від стану стінок каналу ствола та від даних самої кулі, оскільки кулі патронів одного і того ж зразка зброї завжди трохи відрізняються одна від одної за діаметром та за формою, а також іноді й за характером металу оболонки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Комаринец Б. М. Идентификация огнестрельного оружия по выстреленным пулям / Б. М. Комаринец. – Вып. 3. – М., 1961. – С. 127–135.

2. Глассон Г. А. К вопросу о механизме образования следов на стреляных пулях / Г. А. Глассон // Вопросы советской криминалистики. – М., 1951. – С. 57–59.

3. Крылов И. Ф. Краткий очерк истории возникновения и развития судебно-баллистической экспертизы в России / И. Ф Крылов // Теория и практика криминалистической экспертизы. – Волгоград, 1980. – С. 151–166.

4. Комаринец Б. М. Некоторые вопросы методики идентификации огнестрельного оружия по выстреленным пулям / Б. М. Комаринец // Методика криминалистической экспертизы : материалы научных работ Центральной криминалистической лаборатории за 1959 г. – М., 1960. – С. 98–112.

УДК 343.163

ФУНКЦІОНАЛЬНА СПРЯМОВАНІСТЬ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРОРА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

FUNCTIONAL ORIENTATION OF THE PROSECUTOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Смирнов М.І.,
к.ю.н., доцент кафедри кримінального процесу
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті розглянуто окремі дискусійні питання функціональної спрямованості діяльності прокурора у кримінальному провадженні. Проаналізовано повноваження прокурора у кримінальному процесі та особливості їх реалізації під час досудового розслідування. Досліджено правову природу та особливості здійснення нагляду прокурора у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Зазначається, що процесуальне положення прокурора у кримінальному процесі має визначатися з урахуванням процесуальних функцій прокурора.

Ключові слова: прокурор у кримінальному провадженні, повноваження прокурора, функції прокурора, нагляд прокурора, процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням.

В статье рассмотрены отдельные дискуссионные вопросы функциональной направленности деятельности прокурора в уголовном производстве. Проанализированы полномочия прокурора в уголовном процессе и особенности их реализации в ходе досудебного расследования. Исследована правовая природа и особенности осуществления надзора прокурора в форме процессуального руководства досудебным расследованием. Отмечается, что процессуальное положение прокурора в уголовном процессе должно определяться с учетом процессуальных функций прокурора.

Ключевые слова: прокурор в уголовном производстве, полномочия прокурора, функции прокурора, надзор прокурора, процессуальное руководство прокурором досудебным расследованием.

Some controversial questions concerning prosecutor's functional orientation are examined in the article. Prosecutor's powers and aspects of their realization during pre-trial investigation are analyzed. Legal nature and features of prosecutor's procedural guidance in pre-trial investigation are researched.

It is shown that procedural status of prosecutor in criminal proceedings should be defined with regard to his procedural functions. So, analyzing procedural status of prosecutor according to the current criminal procedural legislation, it should be taken into account that his participation in criminal proceedings is above all determined by basic principles of prosecution main activities enshrined in the Art. 121 of the Constitution of Ukraine.

It is justified that prosecutor's participation in pre-trail proceedings ensures: 1) prevention, timely revelation and elimination of possible legal abuses (the purpose of supervision); 2) swift, comprehensive, full and impartial pre-trial proceedings (the purpose of procedural guidance).

The author holds that procedural guidance is connected with organization of pre-trial investigation, determining ways of an investigation, coordination of procedural actions, ensuring the compliance of pre-trial investigation.

Specificity of prosecutor's supervision in criminal proceedings and his powers, which have authoritative and circumspect characteristics, allow us to assert that prosecutor exercises procedural guidance of pre-trial investigation.

Based on the results of the research conclusions and propositions aimed at subsequent improvement of criminal procedural legislation on the discussed issues are made.

Key words: prosecutor in criminal proceedings, prosecutor's powers, prosecutor's functions, prosecutor's supervision, prosecutor's procedural guidance in pre-trial investigation.

Теоретично важливе та практично актуальне питання щодо функціональної спрямованості діяльності прокурора у кримінальному провадженні завжди належало до числа дискусійних. На жаль, нова редакція Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року (далі – КПК України), Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року (далі – Закон України «Про прокуратуру») не сприяла вирішенню питання щодо ролі прокурора в кримінальному процесі та правової природи його повноважень. Значення і роль прокуратури в правовому механізмі забезпечення прав і свобод людини в кримінальному процесі важко переоцінити. Однак різні підходи в питанні кількості і видах виконуваних прокурором функцій призводять до розмивання його ролі в кримінальному провадженні. Крім того, ідеологія нового КПК України теж вимагає переосмислення процесуального становища прокурора в кримінальному провадженні в контексті реалізованих їм функцій.

Питання функціональної спрямованості діяльності прокурора у кримінальному провадженні, правової природи прокурорського нагляду, у тому числі пов'язаного із процесуальним керівництвом завжди перебували у центрі уваги науковців та практиків. З цього питання свою фахову позицію висловлювали Ю. П. Аленін, І. В. Гловюк, В. В. Долежан, О. В. Капліна, П. М. Каркач, М. В. Косюта, О. М. Ларін, В. І. Малюга, М. І. Мичко, Ю. Є. Полянський, М. В. Руденко, В. М. Савицький, С. М. Смоков, А. В. Столітній, О. М. Толочко, М. В. Чорноусько, В. М. Юрчишин та інші.

Утім невизначеність термінопоняття в працях вказаних та інших авторів, використання спірних дефініцій у діючому кримінальному процесуальному законодавстві внесли ще більшу плутанину в проблему, яка розглядається. «Обвинувачення», «нагляд», «процесуальне керівництво» – поняття не тотожні, тому використані в законодавстві правові категорії щодо функціональної спрямованості

діяльності прокурора у кримінальному провадженні не можуть не викликати питань про кількість функцій прокурора, їх співвідношення між собою та особливості реалізації.

Метою статті є розгляд окремих дискусійних питань, пов'язаних із функціональною спрямованістю діяльності прокурора у кримінальному провадженні, дослідження правової природи процесуального керівництва прокурором досудовим розслідуванням та його співвідношення із наглядом, а також обґрунтування власних висновків та пропозицій, спрямованих на подальше вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в частині розглянутих питань.

Не вдаючись до дискусії щодо визначення поняття, кількості і ознак кримінально-процесуальних функцій, візьмемо за основу традиційну побудову кримінального процесу на основі трьох базових функцій – кримінального переслідування (обвинувачення), захисту і вирішення справи (правосуддя).

Необхідно звернути увагу, що поняття «обвинувачення» за своїм змістом не є тотожним поняттю «кримінальне переслідування» і його, як правило, розглядають у двох значеннях: в процесуальному і матеріально-правовому. Визначення обвинувачення лише у процесуальному значенні є неповним та не відбиває всього змісту обвинувачення, адже воно реалізується не лише як діяльність із викриття певної особи, а також як діяльність, спрямована на фіксування в процесуальних документах твердження про вчинення особою кримінального правопорушення.

Визначення обвинувачення в процесуальному та матеріально-правовому значенні знайшло відображення у КПК України. Так, в п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК України закріплено, що державне обвинувачення – процесуальна діяльність прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (процесуальне значення), а в п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК України закріплено, що обвинувачення – твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому КПК України (матеріально-правове значення).

Отже, відповідно до КПК України обвинувачення в кримінальному провадженні є діяльністю, спрямованою на викриття особи у вчиненні кримінального правопорушення, а також фіксування твердження про винуватість у відповідних процесуальних документах.

Щодо терміну «кримінальне переслідування», то законодавець не дає його визначення, хоча цей термін використовується у ст. 542 КПК України для позначення форми міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Нормативне визначення кримінального переслідування було дано у Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 08 квітня 2008 року, в якій зазначено, що кримінальне переслідування – виключна процесуальна функція прокурора, яка полягає у висуненні від імені держави обвинувачення, направленні кримінальної справи до суду, підтриманні державного обвинувачення в суді, участі у перегляді судових рішень у кримінальних справах в апеляційній та касаційній інстанціях [1].

Функціональна спрямованість діяльності прокурора залежно від стадій кримінального провадження має певні особливості, тому форми і способи реалізації функцій прокурора різняться з урахуванням специфічних особливостей кожної стадії. Вважаємо за можливе стверджувати, що діяльність прокурора, як у досудовому провадженні, так і в судових стадіях охоплюється терміном «кримінальне переслідування». Крім того, слід констатувати поліфункціональний характер діяльності прокурора під час здійснення досудового розслідування, що полягає у здійсненні їм функції кримінального переслідування та нагляду. Формою реалізації кримінального переслідування під час досудового провадження є нагляд прокурора, пов'язаний із процесуальним керівництвом, а під час судового розгляду – підтримання державного обвинувачення.

Аналізуючи процесуальне положення прокурора у кримінальному провадженні відповідно до діючого законодавства, необхідно враховувати, що його участь у кримінальному процесі визначається в першу чергу ст. 121 Конституції України, яка закріплює основні положення щодо напрямків діяльності (функцій) органів прокуратури України [2]. Крім того, відповідно до Закону України «Про прокуратуру» на прокуратуру покладаються такі функції: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом; 3) нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. З метою реалізації своїх функцій прокуратура здійснює міжнародне співробітництво. Особливу увагу необхідно звернути на ч. 3 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру», яка передбачає, що «на прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України» [3].

Однак, ч. 2 ст. 36 КПК України передбачено концептуальну для законодавства новелу, відповідно до якої прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Постає питання щодо відповідності Конституції України ч. 2 ст. 36 КПК України, яка передбачає здійснення прокурором процесуального керівництва. Відповіді на це питання в літературі є різнополярними. Так, на думку Ю. Є. Полянського та В. В. Долежана «термінологія ст. 36 КПК явно не збігається з п. 3 ст. 121 Конституції України» [4, с. 53]. О. М. Толочко вважає, що положення щодо процесуального керівництва досудовим розслідуванням не вказує на якусь нову функцію прокуратури, а тому цілком відповідає Конституції України [5, с. 62]. Аналогічної точки зору дотримується М. В. Чорноусько, на думку якої «спеціальна норма в цьому випадку не вступає в суперечність із загальною з огляду на те, що процесуальне керівництво постає формою практичної реалізації функції нагляду за додержанням законів органами, які проводять досудове слідство» [6, с. 463].

Слід погодитися із думкою О. М. Толочко та М. В. Чорноусько з цього питання. Швидше за все, законодавець передбачив у ч. 2 ст. 36 КПК України положення про те, що прокурор здійснює нагляд у формі процесуального керівництва з метою уникнення прямої колізії із Конституцією України, яка не використовує терміну «процесуальне керівництво».

На нашу думку, більшої уваги заслуговує питання щодо змісту терміну «процесуальне керівництво», нормативне визначення якого КПК України не передбачає. У Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 08 квітня 2008 року, було зазначено, що процесуальне керівництво прокурором розглядається як «організація процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координація процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законів України» [1].

Щодо правової природи повноважень прокурора у досудовому провадженні, а також співвідношення прокурорського нагляду і процесуального керівництва досудовим розслідуванням існує декілька позицій, зокрема: 1) проце-

суальне керівництво несумісне з прокурорським наглядом [7, с. 69]; 2) прокурорський нагляд і процесуальне керівництво – самостійні функції прокурора у досудовому провадженні [8, с. 414]; 3) прокурорський нагляд – основна функція, а процесуальне керівництво – додаткова функція [9, с. 26]; 4) процесуальне керівництво виступає формою реалізації прокурорського нагляду [10, с. 168; 5, с. 62; 6, с. 463]; 5) прокурорський нагляд і процесуальне керівництво – тотожні поняття [11].

Вирішення цього питання лежить в площині повноважень прокурора під час здійснення досудового розслідування, тому що характер виконуваної функції завжди залежить від конкретних повноважень як правових засобів впливу на кримінальне провадження та кримінально-процесуальну діяльність в цілому.

Як зазначає В. М. Юрчишин, законодавець окремо не виділяє повноважень, за допомогою яких прокурор реалізує функцію процесуального керівництва, вважаючи, що будь-яке із повноважень прокурора, визначених ч. 2 ст. 36 КПК України, може бути використане для здійснення функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Більш того, на його думку в такому поділі взагалі немає ніякої необхідності через універсальний характер цих повноважень, які в одному випадку можуть успішно виконуватися при здійсненні нагляду, а в іншому – для реалізації процесуального керівництва досудовим розслідуванням [9, с. 28]. Як справедливо зазначає І. В. Гловюк, відсутність єдності серед науковців з цього питання підтверджує критичність штучного розподілу повноважень прокурора на наглядові та керівні [10, с. 166].

У той же час необхідно відзначити, що в процесуальній теорії вченими робилися спроби розмежовувати повноваження прокурора. Так, О. М. Ларін зазначає, що ухвалювати рішення про скерування слідства та проведення слідчих дій, давати доручення та вказівки, виконання яких є обов'язковим, – це означає здійснювати процесуальне керівництво [12, с. 113].

Дійсно, представляє складність теоретично несуперечливо обґрунтувати поділ повноважень прокурора на наглядові та повноваження, спрямовані на реалізацію процесуального керівництва. Слід зауважити, що практичні працівники в більшості випадків також не бачать відмінностей між повноваженнями прокурора.

Незважаючи на те, що нагляд і процесуальне керівництво тісно між собою пов'язані, вважаємо за можливе достатньо умовно провести розмежування повноважень прокурора на наглядові і пов'язані із процесуальним керівництвом.

Слід визнати, що прокурор немає наглядових повноважень «у чистому вигляді», тому що всі вони пов'язані із оперативним впливом на хід досудового розслідування. В той же час нагляд прокурора має бути спрямований на попередження, своєчасне виявлення і усунення порушень закону, забезпечення законності всього досудового розслідування, а процесуальне керівництво – на спрямування ходу досудового розслідування та повинно мати на меті всебічне, повне і об'єктивне його проведення. Тобто процесуальне керівництво тісно пов'язане із організацією процесу досудового розслідування та його спрямуванням. З урахуванням цього, більша частина передбачених ст. 36 КПК України повноважень прокурора має бути віднесена до процесуального керівництва досудовим розслідуванням, зокрема: починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених КПК України; мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; доручати органу досудового розслідування проведення досудового розслідування; доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих; ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених КПК України, для його відводу, або у випадку неефективного досудового розслідування; погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК України, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання; погоджувати запит органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передання кримінального провадження або самостійно звертатися з таким клопотанням в порядку, встановленому КПК України; доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу або перейняття кримінального провадження, перевіряти повноту і законність проведення процесуальних дій, а також повноту, всебічність та об'єктивність розслідування у перейнятому кримінальному провадженні; перевіряти перед направленням прокуророві вищого рівня документи органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію), повертати їх відповідному органу з письмовими вказівками, якщо такі документи необґрунтовані або не відповідають вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, чи законам України; доручати органам досудового розслідування проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконання окремих процесуальних дій з метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави; приймати рішення про об'єднання та виділення матеріалів досудового розслідування; продовжувати строки досудового розслідування.

Неможливо однозначно віднести до процесуального керівництва такі повноваження прокурора, як повідомляти про підозру; затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Аналіз кримінального процесуального законодавства, що регламентує повноваження прокурора дає можливість стверджувати, що участь прокурора у досудовому провадженні забезпечується за допомогою наглядових повноважень – попередження, своєчасного виявлення і усунення можливих порушень закону, забезпечення законності всього досудового розслідування (мета нагляду); за допомогою повноважень, пов'язаних із процесуальним керівництвом – швидкого, повного і неупередженого досудового розслідування кримінального правопорушення (метою процесуального керівництва).

Специфіка прокурорського нагляду у кримінальному провадженні та повноваження прокурора, які мають владно-розпорядчий характер дають можливість стверджувати про здійснення прокурором нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, яке має постійний та безперервний характер.

Нагляд не може бути зведений до одного лише спостереження за виконанням законів під час здійснення до-

судового провадження. За допомогою своїх владно-розпорядчих повноважень прокурор не лише виявляє, а також безпосередньо усуває порушення закону та інші упущення слідчого, що є проявом процесуального керівництва з боку прокурора, яке дозволяє правильно визначити головний напрям діяльності слідчого у конкретному кримінальному провадженні.

Крім того, на користь акцентованої уваги з боку законодавця до процесуального керівництва прокурором досудового розслідування, говорить принцип незмінності прокурора в кримінальному провадженні. Прокурор постає суб'єктом особисто зацікавленим в успішному проведенні досудового розслідування, тому що саме він буде підтримувати обвинувачення в суді у цьому кримінальному провадженні.

Отже, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням – це передбачена кримінальним процесуальним законодавством діяльність прокурора, що здійснюється у процесуальній формі по відношенню до процесуального суб'єкта, пов'язана із організацією процесу досудового розслідування та його спрямуванням, визначенням напрямів розслідування, координацією процесуальних дій, забезпеченням дотримання у процесі розслідування вимог законодавства України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» : Указ Президента України від 15 лютого 2008 року № 311 // Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 12. – Ст. 486.

2. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

3. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.

4. Полянський Ю. Роль прокурора у досудовому кримінальному провадженні за новим кримінальним процесуальним кодексом України / Ю. Полянський, В. Долежан // Юридичний вісник. – 2013. – № 4. – С. 52–58.

5. Толочко О. Правова природа процесуального керівництва прокурором досудовим розслідуванням / О. Толочко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – С. 60–64.

6. Чорноусько М. В. Правова природа прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням / М. В. Чорноусько // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – № 71. – С. 461–474.

7. Грицаєнко Л. Правова природа діяльності прокурора на досудовому слідстві : процесуальне керівництво чи прокурорський нагляд / Л. Грицаєнко // Вісник прокуратури. – 2008. – № 11. – С. 68–76.

8. Антонюк О. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як новий напрям діяльності прокурора у кримінальному судочинстві / О. Антонюк // Вісник Львівського університету. Серія юрид. – 2010. – № 51. – С. 409–416.

9. Юрчишин В. М. Прокурор як керівник досудового розслідування / В. М. Юрчишин // Адвокат. – 2012. – № 7 (142). – С. 26–30.

10. Гловюк І. В. Кримінально-процесуальні функції : теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. : монографія / І. В. Гловюк. – Одеса : Юридична література, 2015. – 712 с.

11. Смоков С. М. Прокурорский надзор или процессуальное руководство органами досудебного расследования / С. М. Смоков [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://oaji.net/articles/2014/245-1393746653.pdf

12. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу : процессуальные функции / А. М. Ларин. – М. : Юрид. лит., 1986. – 160 с.

УДК 343.14:343.122

ПРЕДМЕТ ПОКАЗАНЬ ПОТЕРПІЛОГО, ОСОБЛИВОСТІ ЇХ ПЕРЕВІРКИ

THE SUBJECT OF TESTIMONIES OF THE VICTIM, FEATURES OF THEIR VERIFICATION

Степанов О.С.,
к.ю.н., доцент,
заступник директора інституту післядипломної освіти
Національна академія внутрішніх справ

Сольонова О.О.,
ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національна академія внутрішніх справ

У статті досліджено предмет, поняття та значення показань потерпілого як самостійного виду процесуального джерела доказів. Розкрито його значення і місце в системі кримінально-процесуального доказування. Проведено змістовний аналіз норм КПК України, що регламентують процесуальний порядок надання показань потерпілим у кримінальному провадженні.

Ключові слова: показання потерпілого, допит потерпілого, докази, джерело доказів, фактичні дані, обставини у кримінальному провадженні.

В статье исследованы предмет, понятие и значение показаний потерпевшего как самостоятельного вида процессуального источника доказательств. Раскрыто его значение и место в системе уголовно-процессуального доказывания. Проведен содержательный анализ норм УПК Украины, регламентирующих процессуальный порядок дачи показаний потерпевшим в уголовном производстве.

Ключевые слова: показания потерпевшего, допрос потерпевшего, доказательства, источник доказательств, фактические данные, обстоятельства в уголовном производстве.

An object, concept and value of testimonies of the victim, is investigational in the article, as an independent type of judicial source of proofs. Thais values and place are exposed in the system of the criminal procedure proving. A meaningful analysis of norms of the Criminal Procedure Code was conducted, that regulate the judicial order of grant of testimonies to the victims in criminal proceedings.

Criminal process, as one of social regulators of the public relations sanctioned by the state to a full degree must fulfill the higher constitutional position, that were marked. Unlike a previous public policy, today the current legislation of Ukraine takes out on the first plan defense of personality, realization of their rights, freedoms and legal interests, but not a defense of society and the state.

During pre-trial investigation and judicial trial of criminal realization proving occupies a central place in criminal procedure. In the system of types of proofs the special place is occupied by information that exist as testimonies. Forming of testimonies both from gnosiological position and from position of judicial form differs enough from forming of other types of proofs. Despite the fact that data, that is contained in testimonies are the most widespread proofs on majority criminal realizations, concept of testimonies neither in a criminal procedure theory nor in a modern legislation are not clearly defined. Testimonies have a great value for the decision of tasks of the criminal rule-making. In fact most often only on their basis authentic circumstance are established, which are the subject of a research in criminal proceedings. Institute of testimonies, in its modern kind, as a separate structural element of criminal process, is new element for Ukraine, and that is why scientifically not worked out.

It is necessary from the methodological point of view, first of all, analyze the concept of proofs in a criminal process for the proper disclosure of testimony of victim, to investigate and to show correlation of categories «source of proofs», «type of proofs» in the criminal rule-making. It will allow to define the concept of testimonies of victim, and also disclose their value and place in the system of the criminal procedure proving. At the basis of gnosiological description of concept of the proofs are philosophical studies about a reflection, as a display about a common property.

Key words: testimonies of the victim, the victim's interrogation, evidence, source of evidence, evidence that the circumstances in criminal proceedings.

Згідно ст. 7 Загальної декларації прав людини 1948 року проголошується, що «всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом» . Конституція України в положеннях ст. 3 закріплює ці засади щодо пріоритету прав і свобод людини та громадянина і зазначає, що їх визнання, дотримання та захист є обов'язком держави, тим самим вказуючи на неприпустимість порушень у будь-якій сфері суспільних відносин [1, с. 3]. Кримінальний процес, як один із соціальних регуляторів суспільних відносин, санкціонованих державою повною мірою, має відповідати зазначеним вище конституційним положенням. На відміну від попередньої державної політики, сьогодні чинним законодавством України виноситься на перший план захист не суспільства і держави, а особистості, реалізації її прав, свобод та законних інтересів. Доказування займає центральне місце в кримінально-процесуальній діяльності під час досудового розслідування і судового розгляду кримінального провадження.

Керуючись законом, на основі зібраних доказів слідчий суддя, суд оцінюють їх і приймають відповідні процесуальні рішення (ухвали, вироки). Показання мають важливе значення для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні.

Актуальність досліджуваної проблеми полягає у тому, що в системі видів доказів особливе місце займають відомості, котрі існують у вигляді показань. Формування показань як з гносеологічної позиції, так і з позиції процесуальної форми достатньо відрізняється від формування інших видів доказів. Незважаючи на те, що дані, котрі містяться в показаннях, являються найбільш розповсюдженими доказами у більшості кримінальних проваджень, поняття показань ні в кримінально-процесуальній теорії, ні в сучасному законодавстві чітко не визначено.

Метою статті є змістовний аналіз норм КПК України, що регламентують процесуальний порядок надання показань потерпілим у кримінальному провадженні.

Науковці з кримінального процесу зробили вагомий внесок в теорію вчення про потерпілого, зокрема такі вчені як: В. І. Галаган, М. І. Гошовський, Ю. М. Грошевий, А. Я. Дубинський, О. В. Капліна, Н. С. Карпов, О. П. Кучинська, І. І. Потеружа, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. О. Попелюшко, С. М. Стахівський, В. М. Тертишник, Л. Д. Удалова, П. В. Цимбал та ін. Однак положення чинного КПК України та збільшення кількості вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів потребують подальшого дослідження.

На сьогодні в юридичній літературі поширеним є розуміння показань як певного повідомлення, зробленого особою в установленому законом порядку. Подібне тлумачення показань можна зустріти в сучасній літературі як стосовно показань свідка, так і у відношенні показань потерпілого, підозрюваного чи обвинуваченого. Показання мають велике значення для вирішення завдань кримінального судочинства, адже найчастіше тільки на їх основі здійснюється достовірне встановлення обставин, які є предметом дослідження у кримінальному провадженні, і з урахуванням останніх до конкретного випадку застосовуються норми кримінального та кримінально-процесуального права. Інститут показань, у його сучасному вигляді, як окремий структурний елемент кримінального процесу, є новим для України, а тому науково не розроблений [2]. Для правильного розкриття сутності показань потерпілого необхідно з методологічної точки зору, насамперед, проаналізувати поняття доказів в кримінальному процесі, дослідити і показати співвідношення категорій «джерело доказів», «вид доказів» в кримінальному судочинстві. Це дозволить визначити поняття показань потерпілого, а також виявити їх значення і місце в системі кримінально-процесуального доказування. В основі гносеологічної характеристики поняття доказів лежить філософське вчення про відображення як загальну властивість матерії. В результаті відображення відбувається залишення слідів будь-якого злочину на предметах матеріального світу і у свідомості людей. За допомогою слідів, що збереглися, можливе встановлення обставин вчинення злочину. Тому працівники органу досудового розслідування повинні виявити, знайти залишені сліди, дослідити їх, привести у належну процесуальну форму, і потім використати в якості доказів у кримінальному проваджені. Як і будь-яке відображення, доказ завжди складається з відображення або способу відображуваного, і форми, тобто способу існування і вираження відображення. Можна сказати, що в доказах повною мірою знаходить свою реалізацію філософський закон єдності форми і змісту. Тому докази в кримінальному процесі не можуть існувати виключно у вигляді свого змісту або у вигляді форми. Для повноцінної структури докази повинні однозначно складатися зі змісту і форми. Так, більшість авторів вважають, що змістом відображення в доказах є «фактичні дані» [3, с. 227].

При цьому необхідно розуміти, що законодавець не випадково визначає докази як фактичні дані, а не факти. Справа у тому, що при розслідуванні та судовому розгляді будь-якого кримінального правопорушення суб'єкти доказування пізнають обставини, що для них мали місце у минулому, тобто здійснюють пізнання опосередковано. У більшості випадків вони стикаються не з самими фактами, а з відомостями про них, які збереглися у пам'яті людей або залишили сліди на предметах матеріального світу [9, с. 181].

«Фактично» буквально означає відображення дійсного стану чого-небудь, відповідність фактам, а термін «дані» – відомості, необхідні для якого-небудь висновку, рішення. Тому при автентичному тлумаченні термін «фактичні дані» являє собою наступне – це «відомості, необхідні для якого-небудь висновку, рішення, котрі відображають дійсність». Значить, «фактичні дані» за своїм етимологічним значенням нічим не відрізняються від «відомостей (інформація)» [4].

Згідно позиції радянського науковця П. П. Сердюкова «Доказами по кримінальній справі являються будь-які фактичні дані, на основі яких у визначеному законному порядку органи дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність громадського небезпечного діяння, винуватість особи, яка вчинила дане діяння та інші обставини, котрі мають значення для правильного вирішення справи» [6, с. 3].

Законодавець визначає, що доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. У ч. 2 ст. 84 КПК України зазначено, що процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. У процесуальній літературі поняттям «джерела доказів», «процесуальні джерела доказів» надається різне значення: як форма, вид доказів, засоби доказування, носії інформації. В ч. 1 ст. 84 КПК України йдеться про фактичні дані, наявність чи відсутність фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Вони відображають зміст та об'єктивну основу доказів. Під показаннями, речовими доказами, документами, висновками експертів слід розуміти процесуальні джерела, тобто матеріальну форму, в якій містяться і за допомогою якої передаються фактичні дані. Такі джерела гарантують отримання найбільш повних і достовірних фактичних даних, що є важливою умовою допустимості доказів. З урахуванням цього, під доказами у кримінальному процесі слід розуміти єдність фактичних даних і їх процесуальних джерел. Залежно від способу і процесуального режиму отримання і їх характеру законодавець сформулював конкретну вимогу про те, що доказами можуть бути тільки показання, речові докази, документи, висновки експертів, незалежно від того, чи вони отримані в результаті гласних чи негласних слідчих (розшукових) дій [5, с. 250].

З буквального тлумачення ч. 2 ст. 84 КПК України можна зробити висновок про те, що до одного і того ж виду доказів відносяться об'єднані у відповідних пунктах показання підозрюваного і показання обвинуваченого, показання потерпілого та свідків, висновок і показання експерта, протоколи слідчих і судових дій. Насправді кожна з названих вище категорій утворює абсолютно окремий вид доказів. Дане поєднання і об'єднання не можна вважати вдалим. Цим самим принижується значення і роль кожного доказу і, зокрема, показань потерпілого як самостійного виду доказів. Існуюче в законі поєднання в окремих пунктах ч. 2 ст. 84 КПК України самостійних видів доказів перетворює одні з них у «придаток» до інших, нівелює значимість і рівність кожного доказу. Тому, на наш погляд, необхідно більш точно визначити ч. 2 ст. 84 КПК України: «До процесуальних джерел доказів відносяться: показання підозрюваного; показання обвинуваченого; показання потерпілого; показання свідка; показання експерта; висновок експерта; речові докази; протоколи слідчих дій; протоколи судових засідань; інші документи».

Кожний доказ має володіти такими ознаками (властивостями): належність та допустимість. У ч. 1 ст. 94 КПК України вказано, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення [5, с. 281].

Таким чином, під доказами у кримінальному процесі необхідно розуміти відомості про обставини, що відповідають вимогам належності, допустимості і достовірності, і мають значення для правильного вирішення кримінального провадження, котрі відповідають встановленій законом процесуальній формі. Наведена конструкція поняття доказів та їх джерел має значення для визначення суті показань потерпілого.

У ст. 95 КПК України зазначено, що показання – це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження.

Термін «показання» означає «свідоцтво; розповідь» [4]. Разом з тим, на нашу думку, логіка суджень з приводу

форми показань потерпілого в рамках кримінально-процесуального доказування повинна залежати від того, яким чином сприймаються і фіксуються відомості, що повідомляються потерпілим у процесі його допиту.

Слідчий і суддя сприймають вихідну від потерпілого в процесі допиту усну інформацію (відомості) безпосередньо. Опосередкованим шляхом усні відомості потерпілого сприймаються усіма іншими суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності. Вони можуть оцінити їх тільки ознайомившись з відповідним протоколом допиту потерпілого або протоколом судового засідання, у якому фіксувалися відповідні свідчення. При повторному допиті потерпілого відбувається також безпосереднє сприйняття його усних свідчень.

Показання потерпілого – це дані, повідомлені ним на допиті під час проведення досудового розслідування чи в судовому засіданні. Допит потерпілого повинен проводитись на підставі вимог, зазначених у ст.ст. 224, 225, 353 КПК України [10]. За кримінальною процесуальною природою показання потерпілого багато в чому схожі з показаннями свідка. Зміст показань потерпілого має певні особливості. Вони в більшості випадків пов'язані з обставинами злочинного посягання (місцем, часом, способом вчинення злочину, особою, що його вчинила тощо). Значним може бути і обсяг відомостей про фактичні обставини справи, які відомі лише потерпілому і особі, що вчинила злочин (наприклад, коли злочинне посягання здійснювалось у відсутності інших осіб). Думки і припущення потерпілого, повідомлені ним при допиті, є невід'ємною частиною його показань. Вони повинні бути зафіксовані в протоколі допиту і підлягають обов'язковій перевірці в процесі доказування. Будь-які показання потерпілого, перш ніж вони будуть використані при прийнятті рішень, повинні бути перевірені. Перевірка здійснюється шляхом співставлення з доказами, які є у кримінальному провадженні. Це дозволяє впевнитись у частковому чи повному збігові показань з іншими доказами [5, с. 288].

Показання, надані під час досудового розслідування, мають значення доказів лише для обґрунтування процесуальних рішень слідчого та прокурора. Якщо допит фіксується за допомогою технічних засобів, текст показань може не вноситися до відповідного протоколу допиту за умов, що кожен з учасників процесуальної дії не наполягає на цьому. Таке спрощення процесуального фіксування показань під час досудового розслідування зумовлено, зокрема тим, що вони не мають доказового значення в судовому розгляді, а тому й не має сенсу письмово їх фіксувати за умови фіксації технічними засобами [9, с. 207].

Стаття 58 КПК України визначає, що потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником. Представником юридичної особи, яка є потерпілою, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні. Юридична особа, хоча і може бути визнана потерпілим, але у кримінальному провадженні може брати участь лише в особі свого представника – фізичної особи. Однак особа дає показання лише щодо фактів, які вона сприймала особисто, за винятком випадків, передбачених ч. 5 ст. 95 КПК України. Право давати пояснення, показання або відмовитися їх давати може реалізовуватися потерпілим у таких напрямах: 1) як конкретний прояв участі потерпілого у доказуванні, яке нерозривно пов'язане із правом подавати докази; 2) як субсидіарне право для підкріплення вимог потерпілого, викладених у його відводах, клопотаннях та при вчиненні інших процесуальних дій. Указане право є диспозитивним і реалізується на розсуд потерпілого, про що свідчить вказівка на право відмовитися давати пояснення та показання [11].

На наш погляд, як самостійний вид процесуальних джерел доказів показання потерпілого характеризуються певними ознаками: це усне або письмове повідомлення; це повідомлення про обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні; це повідомлення осіб, які є потерпілими відповідно до кримінального процесуального закону; це повідомлення, яке отримують органи досудового розслідування і суд в установленому законом порядку; це повідомлення, зроблене при допиті і зафіксоване в установленому законом порядку в протоколі допиту потерпілого або в протоколі судового засідання.

Ряд авторів стверджує, що показання взагалі і показання потерпілого, зокрема, – лише усні повідомлення. Так, наприклад, Ю. К. Орлов вказує, що показання потерпілого – його усне повідомлення про обставини, що мають значення для справи, зроблене під час допиту і запротокольовані в установленому законом порядку [7, с. 142-143; 9]. Значення показань потерпілого в процесі доказування як одного з видів процесуальних джерел доказів у кримінальному провадженні полягає в тому, що, по-перше, вони є ефективним засобом відстоювання прав та інтересів потерпілого, і, по-друге, за допомогою показань потерпілих встановлюються обставини, що мають значення для з'ясування обставин вчинення кримінального правопорушення. У своєму першому значенні свідчення потерпілого є одним з головних засобів реалізації прав та інтересів потерпілого. Вони відіграють важливу роль, яка полягає в тому, що сприяють безпосередній можливості потерпілим вплинути на результат кримінального провадження на свою користь. За допомогою своїх показань потерпілий може вплинути на висновки як органу досудового розслідування, так і суду щодо обставин вчиненого кримінального правопорушення. Свідчення потерпілого дозволяють йому відстоювати свої права та законні інтереси. У другому значенні свідчення потерпілого виступають важливим засобом встановлення важливих у кримінальному провадженні обставин щодо випадків, коли потерпілий у своїх свідченнях прямо вказує на причетність особи, винної у скоєнні злочину, або ним повідомляються важливі відомості про обставини злочину, дозволяють надалі встановити винувату особу. За допомогою показань потерпілого можуть бути встановлені інші обставини, що підлягають доказуванню. Можливість встановлення за допомогою показань потерпілого з достовірністю обставин кримінального провадження забезпечується також відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань за ст. 384 КК України [10, с. 1119].

Чинний КПК України потерпілого відносить до сторони обвинувачення, адже на потерпілого покладається обов'язок довести винуватість особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, у випадку відмови прокурора від підтримання державного обвинувача. Тому показання потерпілого підлягають ретельній перевірці та оцінці в сукупності з усіма обставинами, встановленими у кримінальному провадженні.

Новелою КПК України є те, що суд може ґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він отримав безпосередньо під час судового засідання, або на тих, що отримані в порядку, передбаченому ст. 225 КПК України. Суд не має права ґрунтувати свої рішення на показаннях, наданих слідчому, прокурору, або посилатися на них. Заборона дослідження цих показань у судовому засіданні здається нам необґрунтованою і такою, що не сприятиме встановленню істини у кримінальному провадженні, оскільки потерпілий реалізує своє право давати показання або відмовлятися їх давати, що випливає з такої засади кримінального провадження, як свобода від самовикриття та право не свідчити про близьких родичів та членів сім'ї. Окрім цього, він попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань під час досудового розслідування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Острійчук О. Поняття показань як процесуального джерела доказів у світлі реформування кримінально-процесуального законодавства / О. Острійчук // Правовий тиждень. – 2015. – № 10-11.

3. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. – М., 1973. – 734 с.

4. Тлумачний словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eslovnik.com/.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т.1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блаживський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.

6. Сердюков П. П. Доказательства в стадии возбуждения уголовного дела / П. П. Сердюков. – Иркутск, 1981. – 84 с.

7. Показания потерпевшего / Уголовно-процессуальное право : Учебник / Под общ. ред. П. А. Лупинской. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 1997. – 475 с.

8. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Ю. К. Орлов. – М., 2009. – 145 с.

9. Кримінальний процес : підручник / Ю. М.Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2014. – 824 с.

10. Науково-практичний коментар кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.

11. Новик В. А. Права потерпілого за новим Кримінально-процесуальним кодексом України / В. А. Новик // Права людини : історія і сьогодення : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції. – Житомир : Літописець, 2012. – С. 125–131.

РОЗДІЛ 8
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.365(477)

ПОНЯТТЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА

THE CONCEPT OF DISCIPLINARY LIABILITY OF ATTORNEY

Божков В.В.,
аспірант
Академія адвокатури України

У статті здійснено аналіз окремих аспектів правової природи дисциплінарної відповідальності адвоката. Досліджено наявні теоретичні підходи до розуміння категорії «дисциплінарна відповідальність адвоката», а також надано їх доктринальну характеристику. Крім того, автором розкрито ознаки, які характеризують поняття дисциплінарної відповідальності адвоката.

Ключові слова: адвокат, юридична відповідальність, дисциплінарна відповідальність, дисциплінарна відповідальність адвоката.

В статье анализируется проблема дисциплинарной ответственности адвоката при выполнении им своих профессиональных обязанностей. Рассматриваются теоретические подходы к пониманию категории «дисциплинарная ответственность адвоката», а также их доктринальное обоснование и критика. Кроме того, автором раскрыты признаки, которые характеризируют понятие дисциплинарной ответственности адвоката.

Ключевые слова: адвокат, юридическая ответственность, дисциплинарная ответственность, дисциплинарная ответственность адвоката.

In the article, certain aspects of the legal nature of the disciplinary responsibility of a lawyer is analyzed. In particular, some definitions of «disciplinary responsibility of a lawyer» are studied. There are a few varieties of legal responsibility, and some of them are not used to the certain category of subjects by virtue of features them legal status. A such current legislation for today foresees disciplinary responsibility of lawyer only. The publication is being analyzed the legal nature of the concept of the disciplinary responsibility of a lawyer which is being seen through the prism of «positive» and «retrospective» aspect of legal liability. Proposals on the definition of the disciplinary responsibility of a lawyer are made, its form and place in the legal action. The reasons of occurrence disciplinary responsibility of a lawyer are characterized. Reviewed and analyzed lawyers responsible, as part of legal liability. Clarified the basic theoretical issues related to disciplinary liability. It is proved that abidance of current legislation by attorneys in the process of representation of human rights and freedoms is not only a legal but a moral duty of a lawyer, that implies the requirements of legal ethics. In addition, as we marked already, feasance a person which carries on advocate activity, other types of offences, except for disciplinary, very often appears incompatible with professional ethics of advocate and results in the offensive of him disciplinary responsibility. Legal characteristics of Ukrainian legislation in force determining conceptions and tasks of Ukrainian advocacy, are given and main tendency in advocacy reforming is determined.

Key words: attorney at law, legal liability, disciplinary liability, disciplinary liability of attorney.

Належне функціонування адвокатури України можливе за наявності багатьох умов, однією з яких є забезпечення дієвого контролю за професійною діяльністю адвоката. Назване досягається завдяки існуванню інституту юридичної відповідальності відповідного суб'єкта за невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків. На сьогодні надзвичайно важливою та актуальною є тематика дисциплінарної відповідальності адвоката, що пояснюється особливим значенням покладених на адвокатуру України функцій, потребою у попередженні вчинення правопорушень у сфері професійної діяльності адвоката та покарання винних осіб у разі їх скоєння, а також складністю та відсутністю єдиних поглядів на розуміння поняття юридичної відповідальності в доктрині права. Беручи до уваги наведене вище, існує потреба у проведенні науково-теоретичного вивчення категорії «дисциплінарна відповідальність адвоката» та надання її повної і всебічної характеристики.

Проблематика правової природи дисциплінарної відповідальності адвоката була предметом вивчення багатьох науковців-правників, зокрема: Д. М. Азмі, А. М. Бірюкової, О. О. Бусуріної, Т. В. Варфоломеєвої, Л. А. Демідової, С. О. Деханова, Ю. С. Кручиніна, Р. Г. Мельниченка, С. Ф. Сафулька, В. І. Сергеєва, К. І. Скловського, М. Б. Смоленського, Д. П. Фіолевського та ін. Тим не менш, на сьогодні багато питань залишаються невирішеними або потребують переосмислення, що зумовлює необхідність здійснення подальших досліджень у даній сфері.

Метою статті є науково-теоретичний аналіз категорії «дисциплінарна відповідальність адвоката» в частині визначення правової природи відповідного правового явища та надання його юридичної характеристики.

Відповідно до ч. 2 ст. 59 Конституції України для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура [1]. Частина 1 ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлює, що адвокатура України – це недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом [2].

Важливим аспектом функціонування вітчизняної адвокатури є можливість притягнути адвоката до юридичної відповідальності у порядку та на підставах, визначених чинним законодавством України. У науковій літературі, як правило, зазначається, що відповідний суб'єкт притягується до таких видів відповідальності: 1) дисциплінарна; 2) цивільно-правова; 3) адміністративна та 4) кримінальна. В доктрині права висловлюється думка, що необхідно виділяти професійну відповідальність адвоката як обов'язок понести дисциплінарну, кримінальну, адміністративну та цивільну відповідальність за невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх обов'язків перед клієнтом чи суспільством або вчинення іншого протиправного діяння в процесі виконання своїх професійних функцій [3]. На наше переконання, така позиція є помилковою, оскільки навряд чи можна вести мову про професійну відповідаль-

ність адвоката як про самостійний вид юридичної відповідальності. З аналізу наведеної позиції вбачається, що названий вище вид відповідальності адвоката виражається у «традиційних» її видах, відмежування здійснюється за критерієм суб'єкта, який притягується до відповідальності. Однак чинне законодавство України регулює лише дисциплінарну відповідальність адвоката, в інших випадках відповідні особи притягуються до юридичної відповідальності як звичайні фізичні особи, хоча і мають додаткові гарантії, встановлені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншими нормативно-правовими актами України.

В спеціальній літературі поняття «відповідальність» визначається як покладений на когось або взятий на себе обов'язок відповідати за певну ділянку роботи, справу, за чиїсь дії, вчинки [4, с. 177]; обов'язкова порука під страхом відповіді, стягнення; необхідність, обов'язок відповідати за свої дії, вчинки, бути відповідальним за них [5, с. 717]; відшкодування шкоди і збитків [6, с. 648]; необхідність виконати обов'язок, договір, спокутувати провину [7, с. 910]; зробити щось без чужої підказки або наказу, те, за що відповідає особа [8, с. 217]. Отже, досліджувану категорію пропонується розуміти як покладення на того чи іншого суб'єкта певного обов'язку щодо вчинення дії, прийняття рішення, утримання від здійснення дій або прийняття рішень.

Поняття «відповідальність» спершу виникло як соціальне явище, а вже згодом як правове. Вчені наголошують на тому, що названа категорія є складним загальносоціальним явищем, що відображає особливе соціальне і морально-правове ставлення особи до суспільства, що характеризується дотриманням норм права і норм моралі [9, с. 617]. Ведучи мову про відповідальність, необхідно враховувати два її аспекти: правовий – юридична відповідальність, та моральний – суспільна відповідальність. З приводу останньої в спеціальній літературі зазначається, що вона виражає ступінь відповідності дій суб'єктів суспільства взаємним вимогам, чинним суспільним нормам, загальним інтересам. Вона є засобом підтримання цілісності суспільства, суспільної злагоди, соціальної справедливості, удосконалення суспільних відносин [10, с. 94]. Отже, досліджуване поняття відображає можливість та необхідність особи дотримуватися певних вимог в межах суспільства, що є одним із факторів забезпечення можливості співіснування та взаємодії індивіда у суспільному житті.

Категорія «відповідальність» включає у себе філософську та соціологічну проблему співвідношення здатності та можливості людини виступати як суб'єкт своїх дій, а також більш конкретні питання щодо: 1) здатності свідомо (добровільно) виконувати певні вимоги і виконувати поставлені завдання; 2) здійснювати правильний моральний вибір; 3) досягати певного результату, а також пов'язані із цим питання правоти та винуватості, можливості схвалення або засудження її вчинків, винагородження або покарання [11, с. 403]. Згодом поява права як соціального регулятора обумовила потребу у створенні ефективного засобу забезпечення дотримання суб'єктами правових норм. Однак сам термін «юридична відповідальність» був запозичений юристами у XVII–XVIII ст.ст. з англійської політико-філософської літератури [12, с. 459]. Отже, поява та розвиток юридичної відповідальності як правового явища зумовлена необхідністю забезпечення діяльності суб'єктів суспільних відносин в частині, яка врегульована нормативними приписами.

В теорії права висловлюються різні погляди на сутність поняття «юридична відповідальність». Так С. С. Алєксєєв зазначав, що відповідна категорія опосередковує обов'язок особи зазнати заходів державного примусу, покарання за порушення закону [13, с. 266]. Схожу позицію висловлював і В. В. Лазарєв, який юридичну відповідальність розуміє як обов'язок особи зазнавати певних позбавлень державно-владного характеру, передбачених законом, за скоєне правопорушення [14, с. 159]. На переконання О. Ф. Скакун, під досліджуваною категорією слід розуміти передбачені законом вид і міру державно-владного (примусового) зазнання особою втрат благ особистого, організаційного і майнового характеру за вчинене правопорушення [15, с. 431-432]. Наведені підходи до визначення «юридичної відповідальності» можна визначити як «традиційні» для вітчизняної юридичної науки. Тобто сутність досліджуваного поняття полягає в тому, що суб'єкт має понести покарання за порушення нормативних приписів. Однак така позиція щодо розуміння відповідного правового явища повною мірою не може розкрити його зміст.

На думку М. І. Матузова та І. М. Сенякіна, юридична відповідальність – це правові відносини, що виникають на підставі вчиненого правопорушення між державою в особі її спеціальних органів та правопорушником, на якого покладається обов'язок зазнати відповідних позбавлень та негативних наслідків за вчинене правопорушення, за порушення вимог, що містяться у нормах права [16, с. 543]. Наведений підхід також можна віднести до категорії «традиційного розуміння», однак слід наголосити, що досліджуване поняття визначається виключно як відносини між суб'єктами, які наділені державно-владними повноваженнями, та правопорушниками, що порушують правові норми, і зводиться до обов'язку останніх понести негативні наслідки за свої протиправні діяння. Проте адвокатура України є незалежним утворенням і не відноситься до системи органів державної влади, тому держава не може втручатися у питання діяльності названого інституту. Тобто запропонований авторами підхід потребує уточнення в частині можливості притягнення адвоката до відповідальності.

На переконання С. М. Братуся, юридична відповідальність – це стан державного (або громадського), в межах, встановлених законом, примусу до виконання порушеного обов'язку [17, с. 4]. Головне призначення відповідальності полягає саме у державному примусі до реального виконання обов'язків, а не покладанні додаткових обов'язків на особу, яка вчинила протиправну дію [17, с. 7]. З аналізу наведеної дефініції вбачається, що автор наголошує на таких ключових аспектах: 1) примус може бути не тільки державним, але і громадським; 2) сутність юридичної відповідальності полягає в стимулюванні правомірної поведінки, а не застосуванні санкцій. Така позиція заслуговує на увагу, адже чинне законодавство України визначає адвокатуру України як недержавний самоврядний інститут, який самостійно вирішує питання організації та діяльності у порядку, встановленому законом. Отже, ведучи мову про юридичну відповідальність адвоката, слід наголошувати на тому, що вона виражається в недержавному (громадському) примусі, який здійснюється у порядку, встановленому законом, та забезпечується функціонуванням органів адвокатського самоврядування і обов'язком адвоката виконувати рішення таких органів.

Аналіз наведених вище доктринальних підходів свідчить, що мова в розглянутих дефініціях йде лише про один аспект юридичної відповідальності – негативну (ретроспективну) відповідальність. Однак у науковій літературі цілком справедливо відмічається, що досліджувана категорія набагато ширша і не може зводитися лише до однієї з її сторін. Тому необхідно звернути увагу на теоретичні підходи, які не полягають в ототожненні юридичної відповідальності з негативною (ретроспективною) відповідальністю, а співвідносять їх як ціле та частину.

У науковій літературі юридичну відповідальність пропонують визначати як особливий різновид соціальної відповідальності, засобом державного забезпечення, охорони і захисту як природного, так і позитивного права, у зв'язку

з правомірною або протиправною поведінкою суб'єктів суспільних відносин [18, с. 24]. З вивчення наведеної дефініції вбачається, що відповідне поняття має місце не тільки у разі вчинення особою протиправних діянь, але і в результаті правомірних дій. У контексті наведеного вище, варто звернути увагу на думку А. Д. Машкова, який, намагаючись поєднати позитивний та негативний аспекти юридичної відповідальності, пропонує таке визначення: 1) у межах вузького праворозуміння юридична відповідальність – це складне правовідношення, яке виникає між суб'єктами права у процесі реалізації ними норм права, і яке, з одного боку, пов'язане з адекватною реалізацією цими суб'єктами правових приписів, які містяться в юридичній нормі, а, з другого, – з тими наслідками, які виникають у цих суб'єктів у зв'язку з порушенням ними згаданих правових приписів (ретроспективна (негативна) відповідальність); 2) у межах широкого праворозуміння юридична відповідальність – це правовідношення, яке виникає між суб'єктами права у процесі їхньої самостійної діяльності в правовій сфері, і яке забезпечує добровільне узгодження інтересів (прав, цілей тощо) окремо взятого суб'єкта права з інтересами (правами, цілями тощо) інших окремо взятих суб'єктів права, їхніх спільнот та/чи суспільства в цілому, а також зв'язок, який виникає між соціальними суб'єктами у випадках ігнорування кимось з них у своїй діяльності інтересів інших суб'єктів права, їхніх спільнот, суспільства в цілому, тобто вимог проспективної відповідальності, і який пов'язаний із застосуванням до такого суб'єкта заходів впливу, які є формами понесення цим суб'єктом певних негативних наслідків своїх неправових діянь (негативна юридична відповідальність) [19, с. 81-82]. Таким чином, з наведених вище доктринальних положень слідує, що на сьогодні в теорії права існують різноманітні підходи до розуміння категорії «юридична відповідальність», однак переважну їх більшість можна поділити на дві групи: 1) зведення відповідного поняття до негативної (ретроспективної) відповідальності та 2) визначення в межах досліджуваного правового явища як позитивної, так і негативної відповідальності.

Питання дисциплінарної відповідальності найчастіше пов'язують з предметом регулювання трудового права, а тому саме в межах останнього вона набула найбільшого вивчення та розроблення. Чинне законодавство України не містить легального визначення вищеназваної категорії. У науковій літературі дисциплінарну відповідальність пропонують розуміти як обов'язок працівника відповісти (понести покарання) за дисциплінарний проступок, передбачений нормою трудового права [20, с. 364]; встановлений нормами трудового права особливий правовий стан суб'єктів охоронних правовідносин, який виявляється в тому, що роботодавець дає негативну оцінку протиправній поведінці працівника та реагує на неї визначеними законом примусовими заходами [21, с. 730]; обов'язок працівників зазнати юридично несприятливих наслідків у формі втрат особистого характеру за скоєння дисциплінарного проступку в порядку та на умовах, передбачених трудовим законодавством [22, с. 40]; встановлений на рівні норм трудового, адміністративного, інформаційного права особливий правовий стан суб'єктів дисциплінарних правовідносин, що визначає обов'язок правопорушників зазнати юридично не сприятливих наслідків у формі втрат особистого характеру за скоєння дисциплінарного проступку та направлений на забезпечення реалізації у порядку та на умовах, передбачених законодавством, суб'єктивних прав та обов'язків відповідних суб'єктів [23, с. 110]. З аналізу вищенаведених дефініцій можна зробити висновок, що ведучи мову про відповідний вид юридичної відповідальності, більшість науковців беруть за основу розуміння відповідальності лише в негативному (ретроспективному) аспекті, а тому, на наше переконання, така позиція повною мірою не може розкрити сутність та зміст досліджуваного правового явища. Тому цілком справедливо у науковій юридичній літературі зазначається, що суттєвим недоліком сучасного розуміння дисциплінарної відповідальності є ігнорування того факту, що відповідальність може містити в собі можливість протилежних наслідків правового впливу – схвалення, заохочення, виправдання [24, с. 357]. Таким чином, лише комплексний підхід до визначення правової природи дисциплінарної відповідальності, за якого відбувається поєднання діалектично взаємопов'язаних і нерозривно зв'язаних аспектів негативної і позитивної відповідальності, дає можливість повною мірою розкрити названу категорію.

Слід звернути увагу на позицію Л. О. Сироватської, яка хоча й не заперечує важливості дослідження позитивної відповідальності прибічниками цієї теорії, вважає, що в дисциплінарній відповідальності не може існувати позитивного аспекту з тієї причини, що у трудовому праві, на відміну від інших галузей права, обов'язок виконувати всі трудові обов'язки (і норми права, що їх закріплюють) прямо сформульований у вигляді обов'язку дотримуватись дисципліни праці, а тому немає потреби запроваджувати ще одну правову категорію, яка по суті дублює цей обов'язок [25, с. 27-28]. Водночас, необхідно зауважити, що вказане вище бачення проблеми залишає поза увагою позитивні моменти дисциплінарної відповідальності – передбачені свідомою й активною правомірною поведінкою елементи морального, стимулюючого та організаційного порядку.

Законодавство України не містить легального визначення поняття «дисциплінарна відповідальність адвоката». Відповідно до ст. 33 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвоката може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з підстав, передбачених цим Законом. Дисциплінарне провадження – це процедура розгляду письмової скарги, яка містить відомості про наявність у діях адвоката ознак дисциплінарного проступку. Згідно з приписами ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку: 1) порушення вимог несумісності; 2) порушення присяги адвоката України; 3) порушення правил адвокатської етики; 4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; 5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; 6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; 7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом [2].

Досліджуючи проблематику дисциплінарної відповідальності адвоката, необхідно наголосити на тому, що передумовою її виникнення було формування певних правил та вимог в сфері адвокатської етики, які ґрунтувалися на традиціях діяльності адвокатури. Згодом відповідні положення були закріплені на нормативному рівні та стали обов'язковими до виконання всіма адвокатами, а їх порушення і слугувало підставою для притягнення до даного виду юридичної відповідальності названих суб'єктів.

У науковій літературі недостатньо уваги приділено теоретичним аспектам дисциплінарної відповідальності адвоката. На переконання О. О. Бусуріної, під відповідним поняттям варто розуміти особливий вид юридичної відповідальності, який застосовується до спеціального суб'єкта дисциплінарних правовідносин за вчинення дисциплінарного проступку, який виявляється в невиконанні чи неналежному виконанні адвокатом своїх професійних обов'язків, і встановлює застосування передбачених законом або нормами корпоративної етики заходів дисциплінарного впливу в закріпленому для цього процедурному порядку [26, с. 10]. З аналізу запропонованої автором дефініції вбачається, що в ній акцентовано увагу лише на такому аспекті юридичної відповідальності як ретроспек-

тивна (позитивна), в той же час, як нами вже зазначалося вище, за такого підходу повністю не можна розкрити сутність та зміст досліджуваної категорії. Отже, ознаками дисциплінарної відповідальності адвоката є: 1) це особливий вид юридичної відповідальності; 2) підставою для її застосування є вчинення дисциплінарного проступку – невиконання чи неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків; 3) застосовується до спеціального суб'єкта – адвоката; 4) полягає в застосуванні передбачених законом або іншими актами заходів дисциплінарного впливу з дотриманням особливої процедури. З приводу останньої з наведених рис варто зауважити, що згідно з Конституцією України (п. 22 ч. 1 ст. 92) виключно законами встановлюються діяння, які є дисциплінарними правопорушеннями та відповідальність за них, тобто нормами корпоративної етики відповідні питання не можуть регулюватися.

Іншого підходу дотримується М. О. Женіна, яка розкриває поняття «дисциплінарна відповідальність адвоката» через два аспекти: «позитивну відповідальність», яка полягає в тому, що адвокату притаманне почуття обов'язку і сумлінного ставлення до виконання своїх обов'язків в інтересах зміцнення правової держави і авторитету адвокатури, та «ретроспективну відповідальність» − застосування до адвоката в особливому процедурному порядку міри стягнення (примусу) за неналежне виконання професійного обов'язку [27, с. 9]. На наше переконання, дана дефініція є більш обґрунтованою, а тому може бути взята за основу при дослідженні питання дисциплінарної відповідальності адвоката.

В сучасній юридичній науці проблематика дисциплінарної відповідальності адвоката не достатньо розроблена, що обумовлює необхідність проведення подальших доктринальних досліджень у цій сфері. Беручи до уваги здобутки теорії права в частині розуміння правової природи юридичної відповідальності та доктринальні підходи до визначення поняття «дисциплінарна відповідальність», а також враховуючи норми чинного законодавства України, на нашу думку, дисциплінарна відповідальність адвоката – це вид юридичної відповідальності, що застосовується до адвоката за вчинення дисциплінарного проступку, який полягає у невиконанні або неналежному виконанні своїх професійних обов'язків, та виражається у застосуванні до нього компетентним органом встановлених дисциплінарних заходів у порядку та на підставах, визначених законом, який регулює питання діяльності адвокатури України (ретроспективна/негативна відповідальність адвоката), а також усвідомлення адвокатом важливості та значення функцій адвокатури України, що дає змогу співвідносити свої рішення, дії або бездіяльність з нормами чинного законодавства України, відповідально і сумлінно виконувати свої професійні функції з метою захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб (позитивна/проспективна відповідальність адвоката).

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 липня 2012 року № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – Ст. 282.
3. Кухар А. В. Професійна відповідальність адвоката : поняття, форми та місце в системі юридичної відповідальності / А. В. Кухар // Науковий вісник НУБіП України. Серія : Право – 2012. – № 173(1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://elibrary.nubip.edu.ua/15795/1/12kav.pdf
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
5. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка / В. Даль. – М. : Государственное издательство иностранных национальных словарей, 1955. – Т. 2. – 777 с.
6. Брокгауз Ф. А. Энциклопедический словарь. Общество и государство. Правительство и полководцы. Народы и страны / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. – М. : Эксмо, 2003. – 838 с.
7. Larousse P. Dictionnaire encyclopédique pour tous / P. Larousse. – Paris, 1965. – 1795 p.
8. Oxford Advanced learner's dictionary of current English. – Oxford, 1982. – T. 11. – 217 p.
9. Философский словарь / Ред. М. М. Розенталь. – 5-е издание. – М. : Мысль, 1975. – 617 с.
10. Енциклопедичний словник з державного управління / Уклад. : Ю. П. Сурмін, В. Д. Бакуменко, А. М. Михненко та ін. ; за ред. Ю. В. Ковбасюка, В. П. Трощинського, Ю. П. Сурміна. – К. : НАДУ, 2010. – 820 с.
11. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. – 7-е изд., перераб. и доп. – М. : Республика, 2001. – 719 с.
12. Міжнародне право : основні галузі / В. Г Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній. – К. : Либідь, 2004. – 815 с.
13. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2-х т / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – 360 с.
14. Общая теория права и государства : учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 520 с.
15. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
16. Теория государства и права : курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М. : Юристъ, 1997. – 672 с.
17. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. Очерк теории / С. Н. Братусь. – М. : «Юридическая литература», 1976. – 215 с.
18. Іванова О. І. Юридична відповідальність як різновид соціальної відповідальності / О. І. Іванова // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – Вип. 3. – С. 21–26.
19. Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. – 367 с.
20. Трудовое право России / Под ред. О. В. Смирнова. – М., 1996. – 600 с.
21. Курс порівняльного трудового права : підручник / За ред. акад. А. Р. Мацюка. – Х., 2011. – 980 с.
22. Петришина-Дюг Г. Г. Дисциплінарна відповідальність у трудовому праві : поняття та принципи / Г. Г. Петришина-Дюг // Науковий вісник Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича : збірник наукових праць. Правознавство. – 2008. – Вип. 461. – С. 39–43.
23. Дем'янчук Ю. В. Актуальні проблеми дисциплінарної відповідальності в умовах законодавства України про працю / Ю. В. Дем'янчук // Молодий вчений. – 2014. – № 6 (2). – С. 108–111.
24. Теория государства и права : учебник / Под ред. А. И. Королева, Л. С. Явича. – Л., 1982. – 382 с.
25. Сыроватская Л. А. Ответственность за нарушение трудового законодательства / Л. А. Сыроватская. – М., 1990. – 179 с.
26. Бусурина Е. О. Дисциплинарная ответственность адвоката в правозащитной деятельности : автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.11 «судебная деятельность ; прокурорская деятельность ; правозащитная и правоохранительная деятельность» / Е. О. Бусурина. – М., 2013. – 30 с.
27. Женина М. А. Теоретические и практические проблемы дисциплинарной ответственности адвоката: автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.11 «судебная деятельность ; прокурорская деятельность ; правозащитная и правоохранительная деятельность» / М. А. Женина. – М., 2009. – 29 с.

УДК 347.965.6

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ СТРАХУВАННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

THE PROSPECTIVES OF INTRODUCTION IN UKRAINE THE INSURANCE OF LAWYER ACTIVITY

Волошина Л.О.,
аспірант
Львівський університет бізнесу та права,
адвокат

У статті досліджуються перспективи запровадження страхування професійної відповідальності адвокатів в Україні. Автор аналізує історію становлення та розвитку інституту страхування як суспільно-значущого явища, яке супроводжує економічний та соціальний розвиток людської цивілізації. Страхування професійної адвокатської діяльності пов'язане із поняттям професійної відповідальності адвоката. Автор підкреслює, що досвід країн, які нормативно закріпили можливість страхування професійної відповідальності адвоката чи зробили таке страхування обов'язковим, доводить корисність і ефективність відповідного страхування.

Ключові слова: адвокат, страхування, професійна відповідальність, цивільна відповідальність адвоката.

В статье исследуются перспективы введения страхования профессиональной ответственности адвокатов в Украине. Автор анализирует историю становления и развития института страхования как общественно-значимого явления, которое сопровождает экономическое и социальное развитие человеческой цивилизации. Страхование профессиональной адвокатской деятельности связано с понятием профессиональной ответственности адвоката. Автор подчеркивает, что опыт стран, которые нормативно закрепили возможность страхования профессиональной ответственности адвоката или сделали такое страхование обязательным, доказывает полезность и эффективность соответствующего страхования.

Ключевые слова: адвокат, страхование, профессиональная ответственность, гражданская ответственность адвоката.

The article examines the prospects of the introduction of lawyer's professional liability insurance in Ukraine. The author analyzes the history of the formation and development of the institution of insurance as socially significant phenomenon accompanying economic and social development of human civilization. A significant consequence of the distribution of insurance is the process of dividing spheres of insurance under the branches of human activity, which provided the relevant services in insurance.

Lawyer's professional liability insurance has its own history of formation and development. However, a long period of development and institution-building of the professional liability insurance for lawyers, unfortunately not led to adequate level of theoretical understanding and analysis of the institution. The insurance of the professional advocacy related to the concept of professional liability of lawyer.

The author stresses that the experience of countries that have secured legal possibility of professional liability insurance or a lawyer made a mandatory insurance proves the usefulness and effectiveness of each policy. The article states that professional liability risk insurance of lawyer should be based on property insurance contracts concluded personally by the advocate (insured) with an insurance organization (insurer).

The author notes that the institution of professional liability insurance of lawyer is an effective way to protect property interests as a lawyer and his client. Currently, professional liability insurance of lawyer in Ukraine is carried out on a voluntary basis, but is not common among lawyers as professional liability insurance institution because it is not enough researched on the scientific level, and have not found a proper regulatory settlement.

Key words: lawyer, insurance, professional liability, civil liability of attorney.

Особливі умови діяльності адвокатів та специфічні функції адвокатури обумовлюють існування ризику завдання адвокатом майнової та моральної шкоди третім особам чи клієнту під час здійснення ним професійної діяльності. Адвокати, реалізуючи свої професійні права та виконуючи професійні обов'язки можуть припускатись помилок, які здатні спровокувати настання вагомих негативних наслідків. Прикладами найпоширеніших професійних помилок адвокатів є невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків; розголошення адвокатом відомостей, які складають предмет адвокатської таємниці; втрата, знищення або пошкодження адвокатом документів, пов'язаних із професійною діяльністю адвоката. Допущення відповідних помилок адвокатом під час здійснення своїх професійних обов'язків може мати непередбачувані наслідки як для адвоката, так і для клієнта.

Вірогідність настання негативних наслідків непрофесійної чи недобросовісної діяльності адвоката обумовлює настання ситуації, коли останній все частіше стає суб'єктом цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ним у процесі здійснення професійної діяльності. Саме тому, враховуючи важливість предмету професійної діяльності адвоката і міжнародну практику у сфері відшкодування шкоди, яка була завдана професійною діяльністю, вважаємо за доцільне визначити метою статті дослідження перспектив запровадження страхування професійної адвокатської діяльності в Україні.

Варто зазначити, що практика страхування професійної діяльності адвокатів виникла невипадково, вона була продиктована інтересами професії, тих осіб, що займаються адвокатською діяльністю, та їхніх клієнтів і ґрунтується на міжнародній практиці. Однак, безсумнівно, що страхування адвокатської діяльності бере свої витоки з історії становлення та розвитку інституту страхування як одного із суспільно-значущих явищ, які супроводжують економічний та соціальний розвиток людської цивілізації. Наприклад, В. Ю. Абрамов зазначає, що велику увагу питанню страхування приділяють через юридичний феномен виникнення страхової відповідальності в часи раннього розвитку цивілізації, відповідна інституція пройшла довгий шлях розвитку і формування [1, с. 4].

Так, у Стародавньому Єгипті і Стародавньому Римі на засадах взаємного страхування релігійні товариства надавали допомогу родичам своїх померлих членів. Зміст найперших форм страхування являв собою товариські угоди щодо розподілу суми збитків одного з його учасників між всіма іншими членами. Сучасне страхування отримало свій розвиток з цих первинних форм.

В стародавні часи найбільш жвавою і широко поширеною була торгівля, що відбувалася морськими шляхами, що сприяло виникненню і розвитку страхування від мор-

ських небезпек. Дійсно, історичне походження страхування пов'язане з морським страхуванням, що зародилось у XII столітті в середземноморських державах. Таке страхування було побудовано на комерційних засадах і його метою було отримання прибутку. Слідом за морським страхуванням було запроваджено страхування від вогню, чому сприяла сильна пожежа в Лондоні у XII столітті. Не менш поширеними були страхові відносини між членами окремих спільнот і класів, які виражалися у співпраці для подолання стихійних лих, мору тварин і розбійних нападів. Пізніше з'явилися багато інших видів майнового страхування, що спричинило необхідність формування у суспільстві окремих страхових об'єднань, які спеціалізувались на страхуванні окремих майнових відносин. Такими об'єднаннями стали страхові гільдії чи гільдії страхування, кожна з яких мала свою сферу діяльності і впливу.

Розвиток гільдійського страхування у XII-XIV століттях в Європі спричинив розподіл страхових спільнот і гільдій на захисні та професійні. Метою перших була охорона особистого майна членів гільдії від посягання третіх осіб і пошкодження майна стихійним лихом. Метою діяльності професійних гільдій був захист інтересів членів гільдії, що належать до однієї професії. Найрозповсюдженішими були гільдії лікарів, алхіміків, адвокатів та купців.

Бурхливе зростання економіки, промисловості і транспорту у XIX столітті сприяли розвитку страхування в європейських державах, появи його нових видів і спеціалізованих страхових товариств. У цей період страхування стає видом надання послуг і продовжує до теперішнього часу входити в перелік найдохідніших галузей економіки.

Широке застосування страхування спричинило потребу у його нормативному закріпленні й розробленні страхової термінології. З'явилися такі поняття як: ризик, премія, поліс. У ряді держав Європи: Англії, Іспанії, Франції вже починаючи з XV століття страхування стало предметом загального законодавства. Однак страхові закони були розрізнені і перша спроба їх систематизації здійснена в морському ордонансі Людовіка XIV, на основі якого розвивалося надалі морське право провідних європейських держав.

Ми вважаємо, що не менш значущим наслідком розповсюдження страхування є процес поділу сфер страхування відповідно до галузей людської активності, де надавалися відповідні послуги із страхування. Не є виключенням і страхування професійної відповідальності адвокатів, що є однією з підгалузей страхування.

Варто зазначити, що страхування професійної відповідальності адвокатів має власну історію формування і розвитку. Однак тривалий період розвитку і розбудови інституту страхування професійної відповідальності адвокатів, на жаль, не обумовив належний рівень теоретичного осмислення та аналізу цього інституту. Водночас, очевидним є те, що страхування професійної адвокатської діяльності безпосередньо пов'язане із поняттям професійної відповідальності адвоката.

Багато дискусій у науковій спільноті викликає питання змістового наповнення професійної відповідальності адвоката. Наприклад, Р. Р. Долотіна зазначає, що професійну відповідальність у найзагальнішому вигляді можна визначити як відповідальність фізичної чи юридичної особи, виражену в формі обов'язку відшкодувати збиток, заподіяний третій особі в процесі здійснення ними діяльності з певної професії [2, с. 26]. Доцільно підкреслити, що наявність такого елементу як професійна діяльність виступає критерієм, за яким можна виділити страхування професійної діяльності серед інших видів страхування.

У цьому контексті варто погодитись із науковими підходами, відповідно до яких страхування професійної відповідальності – це сукупність видів страхування, об'єктом яких виступають майнові інтереси фізичної або юридичної особи, щодо страхування якої укладено договір, пов'язаний з обов'язком відшкодувати шкоду, заподіяну третім особам у зв'язку зі здійсненням ними професійної діяльності [2, с. 34].

Страхування ризику професійної відповідальності адвоката має здійснюватися на підставі договорів майнового страхування, що укладаються особисто адвокатом (страхувальником) зі страховою організацією (страховиком).

Як слушно визначає І. А. Владімірова, виходячи із прийнятого в цивільно-правовій доктрині складу правопорушення, підставою відповідальності адвоката є ненадання або неналежне надання послуг адвокатом. При визначенні умов цивільно-правової відповідальності за порушення договору надання послуг адвокатом мають враховуватись такі обставини: некваліфікованість дій або бездіяльність адвоката, збитки, причинний зв'язок між порушенням зобов'язання і збитками, вина. При застосуванні відповідальності до адвоката необхідно враховувати і дії самого клієнта [3, с. 137].

На жаль, проблеми реалізації інституту страхування професійної відповідальності адвокатів сьогодні знаходяться не лише у теоретичній площині, але є недостатньо визначеними і на нормативному рівні. Так, Н. М. Таварткіладзе слушно зауважує, що сьогодні не практикується відповідальність адвоката за укладеним з клієнтом угодою (договором), у зв'язку з порушенням адвокатом умов цієї угоди. Як правило, суперечка між клієнтом і адвокатом з приводу неналежного виконання договору доручення обмежується повним або частковим поверненням гонорару в позасудовому порядку [4, с. 180].

Доцільно згадати, що значну увагу у літературі приділяють питанню необхідності застосування імперативності у сфері страхування професійної відповідальності адвокатів. В основному виділяють дві системи страхування професійної відповідальності адвокатів: добровільна і обов'язкова. Добровільне страхування реалізується на основі договору між страхувальником і страховиком, в якому визначаються конкретні умови страхування. При цьому в подальшому сторони можуть змінювати або виключати окремі умови в рамках законодавства. Обов'язкове страхування являє собою страхування, здійснюване в силу закону. Саме законодавчим актом встановлюються види, умови і порядок здійснення обов'язкового страхування.

Деякі автори наполягають на необхідності введення в державі саме обов'язкової системи страхування адвокатської діяльності. Наприклад, Н. О. Обловацька зазначає, що необхідність введення в практику адвокатської діяльності саме обов'язкового, а не добровільного, страхування професійної відповідальності адвокатів вплине на активність діяльності адвокатських організацій, що матиме позитивні наслідки для надання у державі правової допомоги в цілому [5, с. 26].

Ми не можемо повною мірою погодитися з такою позицією, адже, як вже зазначалось, страхування як суспільний інститут сформувався завдяки об'єктивній необхідності у ньому, тож, на нашу думку, для отримання ефективного результату інститут страхування не потребує жорсткого контролю і керування з боку законодавця.

Однак, для нашого дослідження страхування професійної відповідальності адвоката не менш корисним є аналіз міжнародної практики з цього питання. Перш за все, варто відзначити, що страхування професійної відповідальності адвокатів є одним із міжнародних стандартів адвокатської діяльності, що знаходить своє відображення у законодавстві багатьох країнах світу, зокрема таких країн як: США, Австрія, Бельгія, Болгарія, Чеська Республіка, Данія, Естонія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Греція, Угорщина, Ірландія, Італія, Швеція, Великобританія.

Л. В. Балашова зазначає, що велика закордонна практика свідчить про те, що наявність страхування професійної відповідальності у фахівців – це необхідний атрибут, який дозволяє йому займати свою нішу в тому чи іншому секторі

послуг і розглядатися клієнтами в якості надійного професіонала [6, с. 168]. Справедливо наполягається на тому, що досвід ряду зарубіжних країн показує, що там, де система страхування професійної діяльності адвокатів зміцнилася, вона приносить позитивні результати [7, с. 49].

Одне з провідних місць серед країн з розвиненою системою страхування професійної відповідальності адвокатів займають Великобританія і США. У США, де ринок страхових компаній розвивається досить жваво, витрати на страхування професійної відповідальності адвокатів перевищують всі поточні витрати, за виключенням заробітної і орендної плати, що вказує на важливість страхування для адвокатів у США. В Італії існують спеціальні реєстри для застрахованих лікарів, адвокатів та інших професій, що виступає гарантією їх професіоналізму [6, с. 167-168].

Відповідно до федерального законодавства Німеччини про адвокатуру, адвокат, так само як інші працівники, чия діяльність може завдати серйозних майнових збитків довірителю, обов'язково страхують свою професійну відповідальність. Не заборонені німецькими законами і угоди адвоката з довірителем про обмеження відповідальності. Особливо це стосується відповідальності адвоката при виконанні господарсько-правових доручень, де повне відшкодування збитків може бути економічно ускладненим для адвоката [8].

Французький закон про адвокатуру передбачає обов'язкове страхування професійної цивільної відповідальності адвокатів. При цьому, договір страхування може бути укладений як конкретним адвокатом, так і групою адвокатів або адвокатською організацією. Цей же нормативний акт визначає можливість страхування ризику втрати адвокатом цінностей, майна та документів, що належать довірителю і перебувають у адвоката у зв'язку з виконанням професійних обов'язків. Законом закріплений мінімальний розмір страхової суми, що становить 1500000 євро на рік у розрахунку на одного адвоката [9].

Не менш цікавим є досвід Чеської Республіки, де страхування професійної відповідальності адвоката є обов'язковим. Це закріплено у національному законі про адвокатуру. Укладення договору страхування професійної відповідальності дозволяє перекласти відповідальність за відшкодування збитків з адвоката на страхову компанію. Адвокат, що працює в адвокатурі самостійно або у товаристві повинен бути застрахованим на випадок збитку, за який він несе відповідальність перед клієнтом, а також на випадок виникнення обов'язків щодо відшкодування шкоди, виконати який адвокат, що працює в адвокатурі у товаристві, зобов'язаний згідно зі спеціальними правовими нормами через інститут солідарної відповідальності [10].

В цілому, досвід країн, які нормативно закріпили можливість страхування професійної відповідальності адвоката чи зробили таке страхування обов'язковим, доводить корисність і ефективність відповідного страхування. Адже, як справедливо зазначає В. Л. Кудрявцев, юридично значуща діяльність адвоката не може ґрунтуватися тільки на його ентузіазмі і бажанні надавати кваліфіковану юридичну допомогу довірителю, вона повинна підкріплюватися ще і юридичною відповідальністю за невиконання або неналежне виконання ним своїх обов'язків, інакше вона може перетворитися на профанацію [11, с. 402].

На наш погляд, інститут страхування професійної відповідальності адвоката є ефективним способом захисту майнових інтересів як адвоката, так і його клієнта. Наразі страхування професійної відповідальності адвоката в Україні здійснюється на добровільній основі, але не є поширеним серед адвокатів, оскільки інститут страхування професійної відповідальності не є дослідженим на достатньому науковому рівні, а також не знайшов належного нормативного врегулювання.

В Україні в даний час немає спеціальних норм, які б детально регулювали порядок та умови страхування ризику настання відповідальності адвоката. Враховуючи викладене, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Закону України «Про страхування» щодо врегулювання страхування професійної діяльності адвоката, якими встановити умови страхування професійної відповідальності адвокатів та інших фахівців, діяльність яких пов'язана з наданням професійних послуг (аудиторів, бухгалтерів, лікарів, будівельників тощо).

Крім того, вважаємо, що мають бути вироблені і випробувані на практиці правила узгодження питання розміру страхової премії, поняття страхового випадку, розміру страхової суми, визначення моменту виникнення обов'язку страховика виплатити страхове відшкодування і багато інших специфічних питань страхування ризику настання професійної відповідальності адвоката. Для цього необхідно забезпечити ґрунтовне наукове дослідження цього інституту та його законодавче врегулювання в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Абрамов В. Ю. Страхование : теория и практика / В. Ю. Абрамов. – М. : Волтерс Клувер. 2007. – 512 с.

2. Долотина Р. Р. Правовое регулирование обязательного страхования профессиональной ответственности : Дисс... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Р. Р. Долотина ; Академия управления «ТИСБИ». – Казань, 2007. – 182 с.

3. Владимирова И. А. Особенности гражданско-правового регулирования оказания услуг адвокатом : Дисс... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / И. А. Владимирова ; Тверской государственный университет. – Тверь, 2006. – 202 с.

4. Таварткиладзе Н. М. Этические основы деятельности адвоката-защитника : Дисс... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.10 / Н. М. Таварткиладзе ; Одесская национальная юридическая академия. – Одесса, 2003. – 216 с.

5. Обловацька Н. О. Страхування професійної відповідальності адвокатів України / Н. О. Обловацька // Адвокат. – 2010. – № 9. – С. 26–30.

6. Балашова Л. В. Гражданско-правовое регулирование договора страхования профессиональной ответственности в российском законодательстве : Дисс... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.03 / Л. В. Балашова ; Московская государственная юридическая академия имени О. Е. Кутафина. – М., 2011. – 227 с.

7. Морозов А. Страхование профессиональной ответственности юристов / А. Морозов // Российская юстиция. – 1998. – № 11. – С. 47–51.

8. Федеральне уложення про адвокатуру [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.irzstiftung.

9. Decreten 91-1197 du 27 novembre 1991 «Organisant la profession d'avocet» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.legifrance.

10. Закон про адвокатуру Чеської Республіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.cak.cz/scripts/detailphp.

11. Кудрявцев В. Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в российском уголовном судопроизводстве : теоретические основы и проблемы обеспечения : Дисс... на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец. : 12.00.09 / В. Л. Кудрявцев ; Московская академия экономики и права. – М., 2008. – 526 с.

УДК 347.965.3[(477)+(4-672ЄС)]

ЕТИЧНІ (ДЕОНТОЛОГІЧНІ) ЗАСАДИ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄС

ETHICAL (DEONTOLOGICAL) PRINCIPLES OF THE PROFESSION OF LAWYER UKRAINE AND THE EU

Святоцька В.О.,
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Дослідження присвячено аналізу деонтологічних стандартів професійної діяльності адвоката, закріплених національними та міжнародними актами. Розкривається поняття та сутність деонтологічних стандартів професійної діяльності адвокатів в Україні та країнах ЄС. Аналізуються міжнародні акти, які регламентують правила професійної етики для адвокатів з країн-членів ЄС.

Ключові слова: адвокат, деонтологічні засади, професійна діяльність адвоката, адвокатська етика, деонтологічні стандарти, адвокатська діяльність.

Исследование посвящено анализу деонтологических стандартов профессиональной деятельности адвоката, закрепленных национальными и международными актами. Раскрывается понятие и сущность деонтологических стандартов профессиональной деятельности адвокатов в Украине и странах ЕС. Анализируются международные акты, регламентирующие правила профессиональной этики для адвокатов из стран-членов ЕС.

Ключевые слова: адвокат, деонтологические принципы, профессиональная деятельность адвоката, адвокатская этика, деонтологические стандарты, адвокатская деятельность.

Research is devoted to the analysis of ethical standards of professional attorney activity, enshrined by national and international acts. The notion and the essence of ethical professional standards of lawyers in Ukraine and the EU. Analyzed international acts regulating the rules of professional conduct for lawyers from the EU member states.

Key words: attorney, deontological principles, professional activities attorney, attorney ethics, deontological standards, advocacy.

На кожного адвоката покладається низка прав і обов'язків, яких він повинен дотримуватися, здійснюючи свою професійну діяльність. Особливе місце серед обов'язків адвоката займають морально-етичні зобов'язання. Адвокатська етика, власне, й визначає деонтологічні стандарти діяльності адвоката, тобто сукупність професійних і особистих вимог, які ставляться до адвоката.

Слово «деонтологія» утворилось від «онтологія» – від грец. «ontos» – «суще», а «deon (deontos)» – «потрібне, необхідне» і «логія» – «слово», «поняття», «вчення» [1]. Етимологічно деонтологія – це наука про належне. Терміном «деонтологія» інколи позначають розділ етики, який вивчає проблеми обов'язку людини, сферу належного, форми моральних вимог. Вперше у 1834 році було опубліковано працю відомого правознавця Ієремії Бентама під назвою «Деонтологія або Наука про мораль», в якій вчений відстоює власне бачення обов'язку і моралі і вважає, що деонтологія формує основу предмету будь якої науки. Р. Шмоткін під юридичною деонтологією розглядає систему загальних знань про юридичну науку та практику, а також сукупність вимог до професійних і особистих якостей юриста [2].

Відомий вчений і практикуючий адвокат М. Барщевський до предмету адвокатської етики відносить визначену корпоративними правилами належну поведінку члена адвокатської асоціації в тих випадках, коли правові норми не встановлюють для нього конкретних правил поведінки. На думку вченого, великою помилкою було б вважати, що формування системи етичних норм професійної поведінки адвоката (які безумовно обмежать свободу дій адвоката), в тій чи іншій мірі зможе перешкодити виконанню адвокатом його професійних обов'язків, адже «професійні обов'язки адвоката» – це не тільки те, що треба робити, а й те, як це дозволено робити [3, с. 50].

С. Компанєйцев деонтологічні засади діяльності адвокатів визначає як систему деонтологічних принципів і норм, які спрямовані на забезпечення належної професійної поведінки адвокатів при захисті інтересів особи. Деонтологічні норми автор визначає як норми права і норми моралі, які зливаються воєдино та служать певним стандартом поведінки для адвоката, що включає в себе і професійний обов'язок. Під професійним обов'язком адвоката автор розглядає діяльність адвоката, спрямовану на реалізацію його основних завдань та функцій, яка здійснюється з врахуванням рівня правової культури, правової свідомості, з відображенням глибокого усвідомлення необхідності професійного захисту інтересів особи, реалізується через сферу особистих і професійних якостей адвоката, ґрунтується на принципах моралі, які склалися в адвокатурі та визначають професійний такт. Професійний обов'язок адвоката має моральне підґрунтя та наділений правовими властивостями, що становить зміст цього обов'язку. Поєднання морального та правового у змісті професійного обов'язку адвоката відбувається за принципом морального обґрунтування правових норм, тобто правовий аспект професійного обов'язку адвоката повинен ґрунтуватися на моральних основах суспільного життя. Рівень усвідомлення обов'язків, що покладаються на адвоката є однією з найактуальніших проблем деонтології. Реноме адвокатури залежить від рівня виконання професійних обов'язків кожним адвокатом, а тому способи надання юридичної допомоги мають бути не тільки законними, але й високоморальними. Деонтологічні принципи адвокатської діяльності розглядаються автором як вихідні, керівні положення, на яких ґрунтується та розвивається будь-яка активність адвоката в особистісній та професійній сферах його діяльності [4, с. 46-81]. В той же час О. Бойков вважає, що принципами етики адвоката є її загальні та керівні положення, які розвивають та доповнюють обов'язкові для всіх норми суспільної моралі відносно специфіки умов адвокатської діяльності. Дослідник також виділяє два «деонтологічні рівні діяльності адвокатів» – професійний та особистісний. Особистісний рівень діяльності адвоката включає в себе як особисті якості, так і професійні та організаційні якості. Рівень професійної діяльності адвоката включає в себе всі взаємовідносини, які виникають у процесі виконання обов'язків [4, с. 46-81].

У статті завданням ми поставили дослідити деонтологічні стандарти професійної діяльності адвокатів, за-

кріплених національними та міжнародними нормативно-правовими актами. Зупинимося також на діяльності міжнародних юридичних співтовариств, які шляхом об'єднання та обміну досвідом сформулювали спільні деонтологічні засади діяльності адвокатів у міжнародній спільноті.

Багатовіковий практичний досвід адвокатури, а також звичаї та традиції в її діяльності сформулювали спільну для всієї міжнародної юридичної спільноти модель юриста (адвоката, правника). Звернемося насамперед до збірника традицій французької адвокатури, написаного видатним юристом М. Молло, який у XIX столітті у своїй праці «Правила адвокатської професії у Франції» сформулював професійні та особисті вимоги, яким повинен відповідати адвокат. Автор зокрема формулює таку вимогу (якість) до адвоката: «Адвокат повинен бути скромним і незалежним, чесним і педантичним, правдивим і стриманим, поміркованим та безкорисним. Незалежність адвоката є одним з основних принципів адвокатської діяльності, яка є правом адвоката і обов'язком. Незалежним адвокат буде тоді, коли буде поміркованим. Його поміркованість має бути у всьому, адже поміркованість зберігає благородство душі, силу розуму, дає владу над пристрастями, а всі ці якості необхідні адвокату. Гідність адвоката є гідністю усього адвокатського стану, тому Рада адвокатів має право вимагати від адвоката звіт про його суспільні діяння. Адвокат ніколи не повинен забувати про свою присягу, яка є для нього релігією та законом» [5, с. 1-34]. М. Молло мріяв, аби його праця набула інтернаціонального значення і у цьому зв'язку слід відзначити, що принципи адвокатської діяльності, закладені названим французьким вченим у 1842 році лягли в основу законодавства, що регламентує адвокатську діяльність сучасної Франції [6]. Так, Постанова 2005-790, яка прийнята у Франції 12 липня 2005 року, регламентує правила етики юридичної професії. Стаття 2 Постанови визначає адвокатуру ліберальною і незалежною професією, а ст. 3 зобов'язує адвокатів виконувати свої обов'язки з гідністю, совістю, незалежністю, цілісністю і людяністю, дотримуючись присяги. Обов'язком також є дотримання принципів честі, вірності, безкорисливості, колегіальності, конфіденційності, помірності і люб'язності, самовідданості, працьовитості і обачності [7].

У другій половині XX століття відомі радянські вчені-правознавці, С. Алексєєв та В. Яковлєв сформулювали схожу з французькою модель юриста, у тому числі і адвоката, який повинен відповідати таким вимогам, як: високий інтелектуальний, культурний та духовний рівень; розвинута юридична культура та мислення; знання законодавства та практики його застосування; загальноюридичні практичні навички; загальнокомунікативні навички; ораторське мистецтво; навички роботи з людьми та знання їхньої психології; здатність до публічних виступів; навички науково-дослідницької роботи; високий моральний рівень, що передбачає дотримання певних етичних принципів, таких, як чесність, повага до інших та увага до людей [8, с. 73-81].

Отже, моральні вимоги, які були сформульовані до професії адвоката ще на початку XIX століття, сьогодні систематизовані, удосконалені, регламентовані низкою міжнародних документів та закріплені національними деонтологічними кодексами поведінки адвокатів різних держав.

Так, зокрема, в Україні діють національні та міжнародні деонтологічні (етичні) кодекси поведінки адвокатів. Варто зазначити, що розробка таких кодексів на національному рівні є обов'язком кожної держави-члена Ради Європи, а, отже, і України. Про це йдеться в Рекомендації № R (2000) 21 Комітету Міністрів Ради Європи державамчленам щодо свободи здійснення адвокатської діяльності. Документ визначає обов'язком адвокатських колегій та інших професійних об'єднань адвокатів розробити професійні стандарти і кодекси поведінки та забезпечити, щоб під час захисту законних прав та інтересів своїх клієнтів адвокати були зобов'язані діяти незалежно, сумлінно і справедливо [9].

Разом з тим, на думку О. Скакун, ухвалені національні та міжнародні етичні кодекси виходять за межі нормативів етичної культури і містять у собі широкий спектр прав і обов'язків членів відповідних юридичних співтовариств. Забезпеченість норм, які містяться в етичних кодексах залежать від суб'єктів їх ухвалення. Такими суб'єктами є національні професійні об'єднання юристів, правотворчі органи держави, а також міжнародні (європейські) організації юристів [10].

На національному рівні засади і вимоги до етичної поведінки адвокатів регламентовані наступним чином. Закон України від 05 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає дотримання правил адвокатської етики як одного з основних професійних обов'язків адвоката, які він бере на себе, складаючи Присягу адвоката України. Наслідком недотримання правил адвокатської етики є дисциплінарна відповідальність адвоката [11].

У Правилах адвокатської етики, затверджених Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року зазначено, що необхідною передумовою повноцінного функціонування адвокатури та виконання нею її важливої соціальної ролі в демократичному суспільстві є дотримання адвокатами особливих деонтологічних вимог і правил. Дотримання таких вимог розглядається світовою адвокатською спільнотою запорукою функціонування адвокатури. Правила закріплюють наступні принципи адвокатської етики в Україні: незалежність та свобода адвоката у здійсненні адвокатської діяльності; дотримання законності; домінантність інтересів клієнтів; неприпустимість конфлікту інтересів; конфіденційність; компетентність та добросовісність; повага до адвокатської професії; вимоги до рекламування адвокатської діяльності [12].

Правилами визначено 4 категорії (групи) обов'язків, що покладаються на адвоката при здійсненні ним професійної діяльності: перед клієнтами; перед судом та іншими державними органами; перед колегами-адвокатами та адвокатурою в цілому; перед суспільством [12]. Цікавим є те, що практично такі ж категорії обов'язків адвокатів закріплені і Правилами адвокатської професії у Франції, а саме: загальні обов'язки адвокатів; обов'язки адвокатів перед клієнтами; обов'язки перед колегами-адвокатами; обов'язки адвокатів перед суддями [5]. За такою ж структурою визначені обов'язки адвокатів у більшості міжнародних та національних документів, що регламентують адвокатську діяльність.

Основними міжнародними документами, які закріпили деонтологічні правила поведінки адвокатів, прийнятими міжнародними організаціями юристів (адвокатів) є: Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства [13]; Хартія основоположних принципів діяльності європейських адвокатів [14]; Основні положення про роль адвокатів [15]; Стандарти незалежності юридичної професії Міжнародної Асоціації юристів [16].

Звернемося до стандартів професійної етики адвокатів, закріплених названими міжнародними документами. Одним із перших міжнародних документів, що закріпив правила професійної поведінки юриста (адвоката), який здійснює міжнародну юридичну практику є Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятий делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року [13]. Кодекс став взірцевим документом, який закріпив етичні норми поведінки адвокатів для країн-членів ЄС. Документ прийнято з метою подолання складнощів, які виникають у адвокатів при здійсненні міжнарод-

ної практики у просторі ЄС, а також з метою запобігання «подвійної деонтології» у країнах-членах ЄС. У Кодексі висловлено побажання аби тлумачення і застосування національних деонтологічних правил і правил професійної практики здійснювалося у відповідності до положень даного документу. Дотримання адвокатом правил адвокатської асоціації або правового товариства, членом якого він є, є обов'язковим у разі їх відповідності положенням даного Кодексу. Документ закріпив цілий комплекс зобов'язань юридичного і морального характеру, які покладаються на адвоката: зобов'язання перед клієнтом; зобов'язання перед судом та іншими органами влади, з якими адвокат контактує, виступаючи як довірена особа клієнта або від його імені; зобов'язання перед іншими представниками даної професії в цілому і перед будь-яким з колег зокрема; зобов'язання перед суспільством, для членів якого існування вільної незалежної професії поряд з дотриманням правових норм є найважливішою гарантією захисту прав людини перед особою державної влади та інших інтересів суспільства.

Положеннями Кодексу визначено принципи адвокатської діяльності адвокатів країн-учасниць ЄС, а саме: незалежність; довіра і особиста порядність; конфіденційність; дотримання правил інших адвокатських асоціацій та правових товариств; неприпустимість видів діяльності; особиста реклама; домінантність інтересів клієнта; обмеження відповідальності адвоката по відношенню до клієнта; уникнення конфлікту інтересів.

Пункт 1.2. Кодексу визначає сутність правил професійної етики, наголошуючи на добровільності виконань правил професійної етики тими, на кого поширюється їхня дія, з метою забезпечення виконання адвокатом своїх обов'язків так, як це прийнято в будь-якому цивілізованому суспільстві. Наслідком недотримання адвокатом цих Правил є застосування дисциплінарних санкцій. Правила, якими керується будь-яка асоціація адвокатів чи правове товариство, походять від існуючих в них традицій. Вони адаптовані до організації та сфери діяльності професії у відповідній державі-членові, а також до її судових і адміністративних процедур та національного законодавства. Правила різних адвокатських асоціацій та правових товариств ґрунтуються на подібних цінностях і в більшості випадків свідчать про існування загальних для всіх засад. Кодекс закріплює правила поведінки адвоката за межами своєї країни, але виключно на території країни-члена ЄС [13].

Враховуючи багатовіковий міжнародний практичний досвід в галузі адвокатури та специфіку професійної роботи адвоката, Рада адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи 25 листопада 2006 року прийняла Хартію основоположних принципів діяльності європейських адвокатів. На сьогодні Хартія є складовою частиною Загального кодексу поведінки адвокатів Європейського Співтовариства та містить десять основоположних принципів європейської юридичної професії: незалежності та свободи адвоката щодо ведення справи клієнта; конфіденційності та поваги до професійної таємниці; уникнення конфлікту інтересів між клієнтами та між клієнтом і адвокатом; честі і гідності адвокатської професії, чесності та бездоганної репутації окремого адвоката; лояльності до клієнта; справедливого ставлення до клієнта у питаннях винагороди; професійної компетентності адвоката; поваги до колег по професії; поваги до верховенства права та справедливого відправлення правосуддя; саморегулювання адвокатської професії [14].

Відповідно до Основних положень про роль адвокатів, прийнятих VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року, адвокати повинні постійно дбати про честь і гідність своєї професії як важливі учасники здійснення правосуддя. Здійснюючи адвокатську діяльність, адвокати повинні додержувати прав людини й основних свобод, визнаних національним і міжнародним правом, діяти вільно і наполегливо відповідно до закону і визнаних професійних стандартів та етичних норм [15].

Стандарти незалежності юридичної професії Міжнародної Асоціації юристів, прийняті у 1990 році в Нью Йорку, з метою вирішення завдання підвищення ролі і значення юристів, закріпили стандарти, які повинні враховуватися і поважатися урядами в процесі розробки загальнонаціонального законодавства та практики його застосування, а також братися до уваги всіма юристами. Керуючись встановленими правилами, стандартами і етичними нормами, адвокати при виконанні своїх обов'язків завжди повинні діяти вільно, чесно і безстрашно, згідно з законними інтересами клієнта і без будь-якого втручання або тиску з боку влади або громадськості [16].

Ще одним орієнтиром етичної поведінки адвокатів країн-членів ЄС є Декларація, прийнята Радою Адвокатур і правничих об'єднань ЄС (Council of the Bars and Law Societies of the European Union) у вересні 1977 року. Документ визначає основні засади, на яких повинні формуватися кодекси адвокатської етики країн-членів ЄС [17].

З метою розробки та запровадження уніфікованих для всіх держав етичних норм адвокатської діяльності ЄС постійно запроваджує загальноприйнятні норми діяльності для адвокатів – членів ЄС. Гострим для ЄС є питання правового регулювання здійснення діяльності адвоката країни-члена ЄС на території іншої країни-члена. З метою гармонізації та уніфікації національних законодавств держав-членів органами ЄС видаються директиви і регламенти, які вирішують правові перешкоди на шляху реалізації здійснення такої діяльності. Важливою в даному напрямку роботи ЄС є Директива Ради ЄС №77/249, яка законодавчо закріплює рівні міжнародної реєстрації професійної діяльності для адвокатів країн-учасниць ЄС, які отримали можливість бути внесеними до таких списків. При здійсненні адвокатом реєстрації засвідчується його державна належність та право займатися адвокатською практикою на території інших країн-учасниць ЄС. Директива визнає адвокатом кожну особу, яка наділена правом займатися такою діяльністю та вказує на обов'язок адвоката дотримуватись норм етики, прийнятих державою, в якій він здійснює адвокатську практику [18].

Ще одним важливим рекомендаційним документом, на який можуть орієнтуватися адвокати, залучені в міжнародну правничу практику є Міжнародний кодекс етики Міжнародної колегії адвокатів (IBA). Колегія є однією із найбільш репрезентативних міжнародних адвокатських організацій, яка об'єднує 164 адвокатські асоціації та юридичні товариства з усього світу. Рада IBA визнає, що адвокатська практика в кожній країні сформувалася під впливом правової системи, історичних факторів і рівня економічного розвитку та може відрізнятися, водночас є принципи, які загальні для діяльності всіх адвокатів і не суперечать розбіжностям між ними. Завданням зазначеного Міжнародного кодексу етики є вироблення стандартів, які будуть застосовуватися до юристів всередині кордонів різних держав.

Отже, деонтологічні принципи професійної поведінки адвокатів, закріплені вищезазначеними документами, повинні бути враховані правотворчими національними органами та професійними об'єднаннями юристів при розробці нормативно-правових актів, професійних стандартів та кодексів поведінки адвокатів.

На жаль, на сьогодні ці принципи лише частково імплементовані у національне законодавство в галузі адвокатури.

Практично кожен міжнародний документ, що регламентує адвокатську діяльність, на відміну від національного, містить деонтологічні засади адвокатської діяльності. Порівнюючи деонтологічні засади адвокатської діяльності зарубіжних країн, можна виділити спільні,

притаманні всім країнам риси щодо діяльності адвокатів, а саме: структурованість, етапність процесу навчання майбутніх адвокатів; матеріальне стимулювання виконаної роботи; додержання норм і правил адвокатської етики; збереження адвокатської таємниці; гідність поведінки адвокатів; закріплення у законодавстві більшої кількості обов'язків адвоката, ніж прав тощо. Поряд з тим, існує і низка розбіжностей щодо засад діяльності адвокатів різних європейських країн [4, с. 198-199].

Отже, вироблення спільних деонтологічних засад адвокатської діяльності в країнах ЄС є можливим за умови об'єднання та обміну досвідом. Міжнародна юридична спільнота прагне до такого об'єднання, адже це дозволяє ділитися та запозичувати досвід, а також відкриває можливості для роботи адвокатів в єдиному правовому полі. З метою такого об'єднання у міжнародному просторі створюються міжнародні правничі спілки та міжнародні правничі інституції. Однією з таких інституцій є Рада Адвокатур і правничих об'єднань ЄС (Council of the Bars and Law Societies of the European Union), створена у 1960 році, яка об'єднує 28 адвокатур Європи. Рада є дорадчим органом Ради Європи та постійним представником у Трибуналі Справедливості, Трибуналі Першої інстанції ЄС та в Європейському Суді з прав людини. Рада представляє інтереси адвокатів і правників в ЄС; координує роботу адвокатур і правничих об'єднань; організовує форуми і консультації з питань діяльності адвокатури та правників; аналізує практику адвокатів і правників та шукає шляхи вирішення проблем, які виникають у практиці; виступає єдиним суб'єктом від імені адвокатур та правників країн-учасниць даної інституції. Ще одним об'єднанням є Міжнародне товариство адвокатів (Union Internationale des Avocats), МСА (UIA) – міжнародна неурядова організація, утворена за ініціативою європейських адвокатів у 1927 році у м. Брюсселі (Бельгія) та володіє статусом консультативного органу при ООН та Раді Європи. Організація має на меті збереження традицій адвокатури різних держав. Товариство об'єднує адвокатів усього світу, вивчає досвід діяльності адвокатур світу в захисті прав громадян, розповсюджує досвід та знання серед адвокатів світу та налагоджує відносини з адвокатськими об'єднаннями різних держав. Варто відзначити, що такий формат спілкування адвокатів у міжнародній спільноті є найбільш популярним.

Деонтологічні стандарти адвокатської діяльності в Україні є «молодими» і, можливо, у чомусь вимагають удосконалення, адже процес побудови інституту адвокатури України відстає на століття, порівняно з європейськими країнами, такими, наприклад, як Франція, Німеччина та ін. А тому запозичення європейського досвіду адвокатської діяльності, яка сьогодні вже є традицією, підкріпленою багатовіковим практичним досвідом, безумовно буде корисним для організації та діяльності адвокатури в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вікіпедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://uk.wikipedia.org/
2. Підручники [Електронний ресурс]. – Режим доступу : pidruchniki.com
3. Барщевский М. Ю. Адвокатская этика / М. Ю. Барщевский. – 2-е изд. испр. – М. : «Профобразование», 2000. – 312 с.
4. Компанєйцев С. В. Деонтологічні засади діяльності адвокатів в Україні : Дис… на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. : 12.00.01 / С. В. Компанєйцев. – К., 2013. – 221 с.
5. Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции (1842 г.). Перевод с французского / М. Молло. – М. : Издание Н. П. Шубинского, 1894. – 98 с.
6. Etre avocat en France : Réglementation professionnelle – Les textes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cnb.avocat.fr/Etre-avocat-en-France-Reglementation-professionnelle-Les-textes_a1449.html
7. Decree 2005-790 «Relating to the rules of ethnics of legal profession» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cnb.avocat.fr/Etre-avocat-en-France-Reglementation-professionnelle-Les-textes_a1449.html
8. Алексеев С. С. О модели юриста и обучении в юридических вузах / С. С. Алексеев, В. Ф. Яковлев // Правоведение. – 1976. – № 4. – С. 73–81.
9. Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : //sc.gov.ua›uploads…29 Рекомендація № R (2000) 21.doc
10. Скакун О. Ф. Питання теорії / О. Ф. Скакун [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/23465/1/Skakun.PDF
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 липня 2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua
12. Правила адвокатської етики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/
13. Загальний кодекс правил для адвокатів держав Європейського співтовариства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343
14. Хартія основоположних принципів діяльності європейських адвокатів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cay.org.ua./ua/104/.
15. Основні положення про роль адвокатів 1990 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_835
16. Стандарти незалежності юридичної професії Міжнародної Асоціації Юристів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://bibliograph.com.ua/kodex-9/24.htm
17. Декларація, прийнята Радою Адвокатур і правничих об'єднань ЄС 1977 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://radako.com.ua/news/prezentaciya-proektu-deklaraciyi-shchodo-zahistu-prav-lyudini-u-kriminalnomu-sudochinstvi
18. Директива Ради ЄС №77/249 від 22 березня 1977 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.garant.ru/2564447/

РОЗДІЛ 9
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 341.1;340.13

РОЛЬ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ В ПРАКТИЦІ ОРГАНІВ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ

THE ROLE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

Андрейків А.І.,
здобувач
Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена аналізу ролі звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя. Автор зосереджує свою увагу на практиці трьох судових органів, а саме: Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії, Міжнародного кримінального трибуналу для Руанди та Міжнародного кримінального суду. На основі аналізу практики цих органів робиться висновок, що вони суттєво сприяли розвитку міжнародного звичаєвого права.

Ключові слова: міжнародний звичай, звичаєве право, Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії, Міжнародний кримінальний трибунал для Руанди, Міжнародний кримінальний суд, МКС.

Статья посвящена анализу роли обычных норм в практике органов международного уголовного правосудия. Автор сосредоточивает свое внимание на практике трех судебных органов, а именно: Международного уголовного трибунала для бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала для Руанды и Международного уголовного суда. На основе анализа практики этих органов делается вывод, что они существенно способствовали развитию международного обычного права.

Ключевые слова: международный обычай, обычное право, Международный уголовный трибунал для бывшей Югославии, Международный уголовный трибунал для Руанды, Международный уголовный суд, МУС.

This article analyzes the role of customary norms in the practice of international criminal courts. The main focus is on two aspects of the impact of international criminal j courts in the formation of customary norms and practices using international customary law in the execute justice.

It addresses applicable law and the case law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR), and the International Criminal Court (ICC). More specifically, this article provides answers as to the role customary law plays as a source of applicable law in these courts and further, the role these courts play in developing the content of customary law.

International criminal courts serve as important entities in discovering and interpreting existing rules of customary international law. Although these courts' primary function is to apply existing law, not to create it, their case law forms an essential part of the formation process of customary international law. But uniting the legislative and judicial processes together diminishes the legitimacy of the resulting rules. The problem comes to the fore when international criminal courts broaden the scope of individual criminal liability by expanding the definitions of international crimes. The principle of legality –inherent to criminal law– prohibits retroactive crime creation and punishment and thus seems to prohibit courts from interpreting law expansively. However, throughout the history of international criminal law international criminal courts have been remarkably productive in their interpretations.

In conclusion, the author argues that the application of customary international law by the international criminal justice has a number of specific features. First, almost all of the practice in ascertaining the existence of practices performed ICTY. Other courts only limited reference to his practice. Another feature is that unlike all other practices of the judiciary, international criminal law, although they used two-component concept of customary norms, but the leading role belongs opinio juris. In addition, unlike the Tribunals, the ICC takes away much less important customary rules applicable after the inability to use the Charter and other documents.

Key words: international custom, international customary law, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, ICTY, ICTR, ICC.

Однією з особливостей розвитку міжнародного права протягом останніх кількох десятиліть є становлення ряду органів міжнародного кримінального правосуддя. Довгий час, після Другої Світової війни, на міжнародному рівні не створювалося органу для розгляду справ про індивідуальну кримінальну відповідальність. Після Нюрнберзького та Токійського трибуналів наступним таким органом став створений у травні 1993 року Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (далі – МТКЮ). Після цього було створено Міжнародний кримінальний трибунал для Руанди (далі – МТКР), а згодом – Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС). Виконуючи свої безпосередні функції, ці органи мали досить цікавий вплив на формування та практику реалізації норм міжнародного права, в тому числі звичаєвих.

Метою статті є розгляд впливу органів міжнародного кримінального правосуддя на формування звичаєвих норм міжнародного права, та загалом практику застосування звичаєвих норм.

Та перш ніж перейти до цього питання, слід кілька слів сказати про юридичну природу цих судових органів. Історично першим серед них було створено МТКЮ.

Все розпочалося у 1991 році. З розпадом Соціалістичної Федеративної Республіки Югославія на її території вибухнула низка збройних конфліктів на національному рівні, в яких брали участь хорвати, боснійці-мусульмани, серби, косовські албанці, македонці. У жовтні 1992 року Рада Безпеки ООН створила комісію експертів з розслідування та аналізу інформації про порушення Женевських конвенцій 1949 року, Додаткових протоколів до них та інших норм міжнародного права на території колишньої Югославії.

25 травня 1993 року своєю Резолюцією № 827 Рада Безпеки ООН прийняла рішення про створення Міжнародного Трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії в період з 01 січня 1991 року [1]. Тією ж Резолюцією було прийнято Статут, який визначав його юрисдикцію [2].

Рада Безпеки ООН обґрунтувала своє рішення положеннями розділу VII Статуту ООН, в якому мова йшла про її повноваження у випадках загрози миру та актів агресії. Але, оскільки цей розділ відноситься до держав, а не до індивідів, то можна побачити, що таке рішення засновувалося на широкому тлумаченні норм Статуту. В цьому плані дуже важливою була легітимація дій Ради Безпеки ООН через мовчазну згоду держав-членів ООН [3, с. 441].

За період своєї діяльності МТКЮ розглянув значний обсяг справ, в яких він торкався, в тому числі і тлумачення міжнародних звичаєвих норм. У доповіді Генерального секретаря ООН, яка передувала створенню Трибуналу, підкреслювалося, що Трибунал має застосовувати ті норми гуманітарного права, які поза сумнівом, є частиною звичаєвого права, з тим щоб не поставала проблема неучасті в окремих конвенціях деяких держав [4]. Тобто застосування і тлумачення звичаєвих норм міжнародного права було одним із пріоритетів МТКЮ.

Ключовою справою і для практики загалом, і для питання про тлумачення міжнародних звичаєвих норм зокрема, стала справа Душко Тадіча. Душко Тадіч – колишній лідер боснійських сербів, який під час збройного конфлікту в Сербії вчинив цілу низку військових злочинів. Його справа отримала широкий розголос як серед громадськості, так і серед юристів-експертів.

Найголовнішим результатом тлумачення звичаю у справі Душко Тадіча стало визнання того факту, що необхідність дотримання законів і звичаїв війни є звичаєвою нормою міжнародного права, застосування якої не залежить від формальних вимог міжнародних договорів, в яких вони можуть знаходити своє закріплення. У зазначеній справі МТКЮ довів, що міжнародний збройний конфлікт не є необхідною умовою для злочинів проти людства, у зв'язку з тим, що вони носять звичаєвий характер. «Сьогодні така норма звичаю знайшла підтвердження – злочини проти людства не вимагають зв'язку з міжнародним збройним конфліктом» [5].

Розвиваючи цю тезу, МТКЮ зазначив, що «починаючи з 1930-х років відбувалося поступове зникнення відмінностей між нормами звичаєвого міжнародного права, що регулюють міжнародні збройні конфлікти, і звичаєвими нормами, що регулюють неміжнародні збройні конфлікти. У результаті зближення цих норм сучасні внутрішні конфлікти у значній мірі регулюються нормами, які раніше застосовувалися лише в період міжнародних збройних конфліктів» [6, с. 64].

Оцінюючи роль МКТЮ, можна відзначити, що тлумачення звичаєвих норм, здійсненого ним, зокрема і у справі Душко Тадіча, має велике значення для застосування звичаєвих норм міжнародного права у міжнародних правовідносинах. Його практика особливо сприяє визначенню місця і ролі звичаю у таких галузях міжнародного права як міжнародне гуманітарне право та міжнародне кримінальне право.

Досвід, здобутий при створенні МКТЮ, було використано при створенні після цього Трибуналу для Руанди. МТКР був створений Радою Безпеки ООН згідно з Резолюцією № 995 від 08 листопада 1994 року у відповідь на офіційне прохання уряду Руанди.

Відповідно до ст. 1 Статуту МКТР наділений владою переслідувати у судовому порядку осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди та руандійських громадян, відповідальних за такі порушення, вчинені на території сусідніх держав, у період між 01 січня 1994 року і 31 грудня 1994 року. Юрисдикція МКТР є значно обмеженішою, порівняно з МТКЮ, і охоплює злочини проти людяності, геноцид та воєнні злочини.

Як і МКТЮ, МКТР досить часто посилався у своїх рішеннях на інші судові рішення. Але, зважаючи на те, що значна кількість питань була вирішена МТКЮ, його практика не є такою яскравою і практично в усьому копіює практику першого. Це логічно, оскільки для того, щоб забезпечити єдність практики обох Трибуналів, їх апеляційні палати де-факто діяли як єдиний орган.

Слід відзначити, що у Статутах МКТЮ та МКТР відсутні положення, які б визначали роль звичаєвого права в їх діяльності.

Однак, обидва ці органи були судами ad hoc, через що їх досить часто піддавали критиці. Можливо саме тому міжнародна спільнота у 1998 році на конференції у Римі схвалила статут постійно діючого судового органу – МКС. Статут набув чинності 01 липня 2002 року, через 60 днів після того, як 60-та держава стала учасником Статуту за допомогою ратифікації або приєднання.

Відзначаючи важливість цієї події, Генеральний секретар ООН, Кофі Аннан, з цього приводу заявив: «Ми сподіваємося на те, що покаравши винних, МКС принесе певну розраду людям, які пережили жахи війни. Та більш важливим є те, що Суд буде стримувати потенційних воєнних злочинців і наблизить той момент, коли жоден правитель, жодна держава й жодна армія на земній кулі не зможе безкарно порушувати права людини» [7].

Предметна юрисдикція МКС обмежується найсерйознішими злочинами, що викликають стурбованість всього міжнародного співтовариства. Суд наділений юрисдикцією відносно наступних злочинів: злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини (і потенційно, акт агресії).

На відміну від МКТЮ та МКТР, Статут МКС містить положення про право, яке Суд може застосовувати. Цьому присвячено ст. 21 Статуту.

Вказана стаття передбачає, що Суд застосовує: по-перше, цей Статут, Елементи злочинів та Правила процедури і доказування; по-друге, у відповідних випадках, міжнародні договори, принципи і норми міжнародного права, включаючи загальновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів; якщо це неможливо, Суд застосовує загальні принципи права, взяті ним з національних законів правових систем світу, включаючи, відповідно, національні закони держав, які за звичайних обставин здійснювали б юрисдикцію щодо даного злочину, за умови, що ці принципи не є несумісними з даним Статутом, міжнародним правом чи міжнародно визнаними нормами і стандартами [8].

Як бачимо, у статуті МКС немає прямих вказівок на можливість застосування звичаєвих норм [9, с. 301]. Однак така можливість випливає з частини, яка передбачає можливість використовувати принципи і норми міжнародного права. На відміну від Міжнародного суду ООН, тут встановлено чітку ієрархію джерел, і звичаєві норми, як і договірні, займають друге місце після Статуту й інших документів Суду. Разом з тим, таке формулювання аж ніяк не виключає можливість активно використовувати в своїй практиці звичаєві норми. Тому, враховуючи активну діяльність попередніх трибуналів, які вирішили досить велику кількість питань, МКС не стільки встановлює наявність звичаєвих норм, досліджуючи практику та opinio juris, скільки використовує здобутки попередників [10, с. 398]. Переконливим доказом цьому є практика Суду останніх років.

Загалом же, прагнучи розкрити питання про роль міжнародного звичаю в практиці кримінальних судів та трибуналів, слід в першу чергу, звернути увагу на питання про специфіку звичаю в міжнародному кримінальному праві. Як ми зазначали вище, крім класичного міжнародного звичаю, існують ще т. зв. «розумні звичаї», які формуються за посередництва міжнародних організацій. У міжнародному кримінальному праві звичай формується специфічно [11, с. 33]. В класичному випадку для існування звичаю слід довести наявність практики, яка повинна бути широкою і одноманітною. Проте, в сфері міжнарод-

ного кримінального права це навряд чи можливо. Кількість прецедентів в цій сфері є досить малою. Виходячи з цього, в міжнародному кримінальному праві утвердилася позиція про домінуючу роль opinio juris, існування якої довести набагато простіше [12, с. 13]. Г. Метакс з цього приводу справедливо відзначав, що державна практика часто тільки допомагає в обґрунтуванні або спростуванні тих чи інших обставин, що містяться у вироках трибуналів. Але така практика досить рідко сприймається в якості доказу існування норми [12, с.13-14]. В результаті звичаєві норми міжнародного кримінального права з'явилися навіть там, де державна практика була рідкісна і далека від послідовної і одноманітної. Як приклад, можна назвати Справу Душко Тадіча [13] чи справу Фурундія [14]. Більше того, як справедливо відзначає А. Нолкемпер, щодо визначення існування звичаєвої норми Трибунали часто обмежувалися аналізом «вкрай обмеженого прецедентного права», тобто використовували надзвичайно малу кількість державної практики [15, с. 17]. Трибунали відмовилися від індукції як методу встановлення наявності звичаєвої норми і надали перевагу дедукції, а, отже, «процес встановлення наявності норми перевернутий з ніг на голову» [12, с. 15], що загалом є досить небезпечно, оскільки дає змогу в деяких випадках знайти два-три прецеденти з практики держави, які доведуть існування будь-якого звичаю. Виходячи з того, що при встановленні наявності звичаєвих норм, особливо тих, що стосуються відповідальності за вчинення воєнних злочинів, судді таких трибуналів часто обґрунтовують свою позицію «застереженням Мартенса» [16, с. 126]. Як відомо, застереження Мартенса апелює до «законів людяності» та «суспільної свідомості». З цього приводу А. Кассезе стверджує, що можна цілком логічно припустити, що вимога про державну практику не може бути суворо необхідною для формування принципу чи правила, заснованого на «законах людяності». На його думку, застереження послаблює вимоги щодо практики держав і водночас підвищує роль opinio juris, і загалом переконаність у правомірності того чи іншого правила поведінки у порівнянні зі звичайними умовами [16, с. 125-127]. Цікавою у цьому плані є справа Купрешкіча, Судова палата по якій зазначила, що державна практика не підтримує opinio juris щодо законності репресій. При цьому навряд чи можна говорити про відсутність opinio juris, яке б підтверджувало можливість застосування репресалій, оскільки це суперечило б законам людяності та суспільної свідомості [17].

Слід також відзначити, що досить часто в практиці Трибуналів та МКС судді досліджують існуючі звичаєві норми з тим, щоб більш глибоко тлумачити норми Статутів, у яких визначено склади окремих міжнародних злочинів. При цьому, як правило, таке тлумачення не стільки використовується в мотивувальній частині вироку, скільки в процесі самих суджень суддів. Д. Мундіс з цього приводу зазначав, що по суті такі судді здійснюють квазі-законодавчу функцію в тій мірі, якою це можливо в рамках тлумачення відповідного положення, що визначає склад того чи іншого правопорушення. А це, в свою чергу, означає, що часто вони заповнюють таким чином не лише прогалини в матеріальному праві, але й процедурні (процесуальні) норми [18, с. 191]. При чому в останньому випадку судді, як правило, глибоко аналізують практику національних судів як доказ практики держав [13].

Апеляційна палата в Ердемовіча широко висвітила, в якій мірі національна судова практика вплинула на доведення існування звичаєвої норми відносно наявності або відсутності примусу в якості захисту від обвинувачення у вбивстві. Було доведено, що немає достатніх доказів, щоб підтримати існування такої норми [19]. І хоча трибунали в значній мірі спиралися на практику національних органів правосуддя щодо визначення наявності звичаю, однак, вони не вважали відсутність таких прецедентів нездоланною перешкодою у констатації наявності звичаю. У цьому контексті цікавою є практика Апеляційної палати, яка у справі Душко Тадіча зробила посилання на нігерійські судові прецеденти, після чого узагальнила, що існує «багато елементів міжнародної практики показують, що держави мають намір ввести кримінальну відповідальність за серйозні порушення звичаєвих норм і принципів у внутрішніх конфліктах». Як додатковий аргумент використано посилання на військові статути і національне законодавство загалом [13].

Іншим цікавим прецедентом є справа Галіча, якого обвинувачували у злочині терору, відповідальність за який передбачена Додатковим протоколом І 1977 року. Як відомо, об'єктивна сторона даного злочину полягає у вчиненні дій для поширення терору серед цивільного населення. Судова палата МТКЮ ухвалила, що Галич, сербський командир, має нести відповідальність за злочини терору як порушення законів чи звичаїв війни. Однак, вже в процесі розгляду справи Трибунал стикнувся з необхідністю вставити суб'єктивну сторону даного злочину, і для цього слід було проаналізувати як практику, так і opinio juris. В результаті було встановлено, що суб'єктивна сторона такого злочину вимагає конкретного наміру (умисел) і що даний злочин вчинити неумисно неможливо (Dolus eventualis або нерозсудливість є недостатніми) [20].

Дане рішення викликало багато критики, оскільки, на думку значної кількості як теоретиків, так і практиків, Трибунал суттєво вийшов за рамки своїх повноважень, оскільки не мав права розширювати матеріальне право [12, с. 127]. Однак беззаперечним є той факт, що Апеляційна палата, діючи у вказаний спосіб, все-таки цілком справедливо встановила, що заборона терору серед цивільного населення є частиною звичаєвого міжнародного права і дублює договірні норми, оскільки заборона терору передбачена у ст. 51 Додаткового протоколу І і ст. 13 (2) Додаткового протоколу ІІ. 1977 року. Звичаєвий характер цих норм підтверджений Міжнародним судом ООН в консультативному висновку законності застосування ядерної зброї державою у збройних конфліктах.

З іншої сторони, у випадках, коли Трибунал не знаходив хоча б мінімальної практики, він не констатував існування звичаю. Як приклад, можна навести справу Фурунджія, при вирішенні якої Трибунал здійснив спробу перелічити, які саме акти насильства охоплюються поняттям «згвалтування» як воєнного злочину. Судова палата зокрема констатувала, що в багатьох державах перелік таких актів є максимально широким. На основі цього було зроблено висновок, що звичаєва норма про заборону згвалтувань не охоплює досить великої кількості актів. Попри це, Палата констатувала, що всі ці акти, які не охоплюються поняттям згвалтування здійснюються проти волі особи, із застосуванням насильства чи погроз, а, отже, можуть бути включені в поняття «катування» чи інших злочинів, особливо якщо враховувати той факт, що вони вчиняються під час збройного конфлікту.

Таким чином, Палата стверджує, що контекст війни перетворює поведінку, яка могла б перетворити сексуальне насильство за обтяжуючих обставинах у воєнний злочин. Тобто вона прагне виправдати своє рішення, посилаючись на важливість захисту людської гідності. Ф. Раймондо зазначив з цього приводу, що, хоча рішення Трибуналу з цього питання є спірним в частині законності, однак його позитивний вплив важко переоцінити, бо це «призвело до розробки точного і детального визначення об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину згвалтування, а не виявлення існуючого законодавства» [21, с. 21].

Що ж стосується справ, які розглядав МТКР, то, як вже згадувалося вище, практика цього Трибуналу була набагато скромнішою. Загалом, якщо аналізувати роль звичаєвих норм на практиці, то основним його доробком є Справа Акайесу [22] і Справа Кайішема і Рузінданас [23], у

яких Трибунал розглядав питання, пов'язані із геноцидом. Так, зокрема, аналізуючи практику і opinio juris, Трибунал констатував звичаєвий характер Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року, а також удосконалив поняття «захищеної групи».

Крім того, Трибунал у Справі Акайесу встановив наявність кількох звичаєвих норм, які стосуються злочинів проти людяності. А також підтвердив звичаєвий характер принципу міжнародного права про невідворотність кримінального покарання за міжнародні злочини.

Підсумовуючи все вищенаведене, слід відзначити, що застосування звичаєвого міжнародного права органами міжнародного кримінального правосуддя має ряд специфічних ознак. По-перше, майже всю практику в частині констатації існування звичаїв виконав МКТЮ. Інші Суди і Трибунали лише обмежилися посиланнями на його практику. Іншою особливістю є те, що, на відміну від практики всіх інших судових органів, в міжнародному кримінальному праві, хоча і використовується двокомпонентна концепція звичаєвої норми, але провідна роль належить саме opinio juris. Крім того, на відміну від Трибуналів, статут МКС відводить значно меншу роль звичаєвим нормам, які застосовуються після неможливості використання Статуту та інших документів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Резолюция № 827 Совета Безопасности ООН S/RES/827 (1993) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/russian/documen/scresol/res1993/res827.htm

2. Статут Международного криминального трибунала по бывшей Югославии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/russian/law/icty/charter.htm.

3. Лукашук И. И. Международное право. Т. II : Особенная часть / И. И. Лукашук. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 513 с.

4. Фисенко И. Система уголовного преследования за совершение международных преступлений : комиссии по расследованию и международные уголовные суды / И. Фисенко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1998. – № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=195&Itemid=49

5. Фаталиев З. Ф. Понятие и основные характерные черты военных преступлений / З. Ф. Фаталиев // Вестник ТИСБИ. – 2009. – № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2009/issue1/Fataliev.html

6. Aldrich G. H. Jurisdiction of the International Tribunal for the Former Yugoslavia / G. H. Aldrich // American journal of international law. – 1996. – Vol. 90. – № 1. – P. 64–69.

7. ICC. question [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/russian/law/icc/question.htm

8. Римский статут международного уголовного суда от 17 июля 1998 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_588

9. Meron T. International law in the Age of Human Rights : General Course on Public International Law / T. Meron. – Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007. – 490 p.

10. Barzegarzadeh A. Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law / A. Barzegarzadeh, M. Karveh, L. Raisi // Mediterranean Journal of Social Sciences. – 2015. – № 5. – P. 398–402.

11. Dugard J. International Law : A South African Perspective / J. Dugard. – Juta : 2005. – 582 p.

12. Mettraux G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals / G. Mettraux. – 2005. – 429 p.

13. Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, 15.7.1999. Appeals Judgment.

14. Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, 10.12.1998. Appeals Judgment.

15. Vandamme J. Ambiguity In the Rule of Law. The Interface between National and International Legal System / J. Vandamme, J. Reestman. – Europa Law Publishing, 2001. – 175 p.

16. Cassese A. International Law / A.Cassese. – Oxford : Oxford University Press, 2001. – 558 p.

17. Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-T, 14.1.2000. Trial Judgment.

18. Mundis D. The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal Tribunals / D. Mundis // International Criminal Law Review. – 2001. – № 3–4. – P. 191–239.

19. Prosecutor v. Erdemović, IT-96-22-A, 7.10.1997. Trial Judgment.

20. Prosecutor v. Galić, IT-98-29-T, 5.12.2003. Trial Judgement.

21. Raimondo F. General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals / F. Raimondo. – Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2008. – 214 p.

22. Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, 2.9.1998. Trial Judgment.

23. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, № ICTR-95-1-A, 1.6.2001. Trial Judgment.

УДК 341.312

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА В УМОВАХ СУЧАСНИХ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

ACTUAL PROBLEMS INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN TODAY ARMED CONFLICT

Денисенко С.І.,
к.ю.н., викладач кафедри судочинства та міжнародного права
Сумський державний університет

У статті розкриваються деякі актуальні проблеми міжнародного гуманітарного права, що пов'язані із застосуванням в умовах збройних конфліктів нових форм ведення війни, що завдають неймовірні страждання мирному населенню та є серйозним викликом міжнародному гуманітарному праву.

Ключові слова: збройна агресія, міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт неміжнародного характеру, гібридна війна.

В статье раскрываются некоторые актуальные проблемы международного гуманитарного права, связанные с применением в условиях вооруженных конфликтов новых форм ведения войны, которые наносят невероятные страдания мирному населению и являются серьезным вызовом международному гуманитарному праву.

Ключевые слова: вооруженная агрессия, международный вооруженный конфликт, вооруженный конфликт немеждународного характера, гибридная война.

Some acute problems of the international humanitarian law are revealed in the article. These problems are connected with the usage of new forms of war in contemporary armed conflicts which cause incredible suffering of the civilians and they are a challenge to the international humanitarian law of nowadays.

The relevance of the topic of the research is stipulated by recurring armed conflicts in various regions of our planet. New forms of hostilities and modern military technologies are used and they cause untold misery all around the world. When creating the norms of the international humanitarian law, the concept of the «armed conflict» was explained simply. Thus, the armed conflict could be internal when the citizens of one state wage the war. And it could be international when the citizens of different states are at war. However, a modern armed conflict can be started without declaring it. It can be carried out using armed bands, groups or mercenaries and can be conducted in several other dimensions, for example, in information and economic space.

Such armed conflict has received another term in contemporary world – «hybrid warfare» which doesn't exist in the international humanitarian law. In this regard, the norms of the international humanitarian law are difficult to apply and this, in turn, makes it impossible to bring the perpetrators to international criminal responsibility.

Key words: armed aggression, international armed conflict, armed conflict not of an international character, hybrid warfare.

Постійне збільшення у самих різних регіонах нашої планети міжнародних конфліктів які використовують нестандартні форми ведення війни становлять величезну загрозу миру та безпеці у всьому світі та являються серйозним викликом міжнародному гуманітарному праву.

Українські та зарубіжні вчені активно займаються проблематикою у сфері міжнародного гуманітарного права. Концептуальні засади міжнародного гуманітарного права розкривали у своїх працях українські та зарубіжні вчені та фахівці: В. Ю. Богданович, А. Я. Маначинський, С. Г. Бутенко, Л. Д. Тимченко, І. М. Жаровська, З. Кржиш, М. В. Манько, С. В. Олшанецька, Є. В. Магда та ін. В той же час основні напрямки практичної реалізації вирішення проблем у сфері міжнародного гуманітарного права у сучасному світі досліджено ще недостатньо.

Сучасний міжнародний збройний конфлікт може починатись державою-агресором без оголошення та здійснюватися за допомогою нетрадиційних форм ведення війни. Такий військовий конфлікт у сучасному світі отримав назву «гібридна війна», поняття якого відсутнє у міжнародному гуманітарному праві. Відповідальність за такі дії не може понести винна сторона через відсутність відповідних норм міжнародного гуманітарного права.

Метою статті є з'ясування меж і можливостей удосконалення норм міжнародного гуманітарного права в умовах сучасних збройних конфліктів.

Сучасне міжнародне право забороняє використання збройної агресії проти будь-якої суверенної держави. Так, п. 4 ст. 2 Статуту ООН визначено, що: «…всі члени Організації Об'єднаних Націй утримуються в їх міжнародних відносинах від загрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином, несумісним з Цілями Об'єднаних Націй…» [1].

У міжнародному праві визначення самого поняття «агресія» міститься в Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН 1974 року. Відповідно до зазначеної вище Резолюції, агресією є застосування військової сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави або в будь-який інший спосіб, несумісний із Статутом ООН [2]. Треба також зазначити, що в Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН 1974 року міститься перелік дій, які в будь-якому випадку вважаються актом агресії [2]:

– вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави, або будь-яка військова окупація чи анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини;

– бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;

– блокада портів чи берегів держави збройними силами іншої держави;

– напад збройними силами держави на суходільні, морські чи повітряні сили або морські чи повітряні флоти іншої держави;

– застосування збройних сил однієї держави, що знаходяться на території іншої держави згідно угоди з державою, яка їх приймає, в порушення умов, передбачених цією угодою, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії угоди;

– дії держави, яка дозволяє, щоб її територія, надана нею в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;

– заслання державою чи від імені держави озброєних банд, угруповань і регулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої дер-

жави настільки серйозного характеру, що це дорівнює перерахованим вище актам, або її істотна участь в них.

Треба зазначити, що лише після здійснення акту агресії держава, яка її зазнала, має право на самооборону. Наявність факту агресії на міжнародному рівні та в міжнародних інстанціях має доводити сторона, яка її зазнала.

Статут Міжнародного кримінального суду визначив збройну агресію міжнародним злочином, за скоєння якого винна особа несе міжнародну кримінальну відповідальність (ст. 5 Римського статуту міжнародного кримінального суду) [3].

Однак, незважаючи на вище зазначене, збройна агресія продовжує існувати у сучасному світі. На початку XXI ст. збройні конфлікти являють собою велику небезпеку для справи миру. Потрібно мати на увазі й те, що в багатьох регіонах планети, де військові дії припинилися, створилася обстановка швидше перемир'я, ніж міцного миру. Просто з гострої стадії вони перейшли в стадію напружених або потенційних, іншими словами, «тліючих» конфліктів. Саме до цих категорій можна віднести конфлікти у Таджикистані, Азербайджані, Боснії і Герцеговині, Косово, Північній Ірландії, Кашмірі, Шрі-Ланці, Західній Сахарі, на Кіпрі тощо. Особливий різновид вогнищ таких конфліктів являють собою продовження існування фіктивних квазідержавних утворень з маріонетковими режимами. Їх прикладами можуть бути Республіка Абхазія, Південна Осетія, Придністровська Молдавська Республіка, Нагорно-Карабахська Республіка, Донецька народна республіка та ін. Досягнуте в багатьох з них з часом військове перемир'я, як показує досвід, може виявитися оманливим. Подібні «тліючі» конфлікти несуть в собі велику загрозу [4].

Спробуємо розібратись у міжнародно-правовій регламентації збройного конфлікту. На сьогоднішній день міжнародне гуманітарне право розрізняє два різновиди збройних конфліктів: міжнародні збройні конфлікти і збройні конфлікти неміжнародного характеру.

Відповідно до положень Женевської конвенції 1949 року, міжнародними збройними конфліктами визнаються такі конфлікти, у яких один суб'єкт міжнародного права застосовує збройну силу проти іншого суб'єкта. Таким чином, сторонами в міжнародному збройному конфлікті можуть бути [5, с. 19]: держави; нації і народи, що борються за свою незалежність.

Відповідно до ст. 1 Додаткового протоколу I міжнародними є також збройні конфлікти, у яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування й іноземної окупації та проти расистських режимів, здійснюючи своє право на самовизначення [5, с. 19].

Збройні конфлікти неміжнародного характеру – це всі конфлікти, що не підпадають під дію ст. 1 Додаткового протоколу I, які відбуваються на території будь-якої держави «між її збройними силами або іншими організованими озброєними групами, що перебувають під відповідальним командуванням, здійснюють такий контроль над частиною її території, що дозволяє їм здійснювати безперервні й узгоджені воєнні дії і застосовувати положення Протоколу II» [5, с. 20].

Збройні конфлікти неміжнародного характеру мають наступні ознаки [5, с. 20]:

– застосування зброї і участь у конфлікті збройних сил, включаючи поліцейські підрозділи;

– колективний характер виступів;

– певний ступінь організованості повстанців і наявність органів, відповідальних за їхні дії;

– тривалість і безперервність конфлікту;

– здійснення повстанцями контролю над частиною території держави.

Треба також зазначити, що до збройних конфліктів неміжнародного характеру слід відносити всі громадянські війни і внутрішні конфлікти, що виникають із спроб державних переворотів та ін. Ці конфлікти відрізняються від міжнародних збройних конфліктів насамперед тим, що в останніх обидві воюючі сторони є суб'єктами міжнародного права, тоді як у громадянській війні воюючою стороною визнається лише центральний уряд [5, с. 20].

Тобто можна зробити висновок, що коли створювались Гаазькі, Женевські конвенції та інші документи у сфері міжнародного гуманітарного права, міжнародні конфлікти було достатньо просто пояснити та передбачити. Збройний конфлікт міг бути або внутрішнім, тобто збройне протистояння здійснювалось між громадянами однієї країни, або міжнародним, коли збройне протистояння відбувалось між громадянами різних держав.

Однак в сучасному світі військовий конфлікт може мати одночасно ознаки як внутрішнього, так і міжнародного збройного конфлікту. Наприклад, конфлікт, який відбувається сьогодні на сході України, за зовнішніми ознаками нібито можна віднести до внутрішнього конфлікту. За ознаками, що формально дозволяють віднести його до внутрішнього є те, що він відбувається в межах території України, а його учасниками є урядові війська з одного боку та незаконні збройні формування – з іншого. Тобто в даному випадку немає прямого збройного протистояння між військами двох різних держав [2]. Разом з тим постійна військова підтримка Російською Федерацією незаконних збройних формувань та засилання на територію України озброєних найманців може вказувати на те, що даний збройний конфлікт має міжнародний характер.

Свідченням того, що Російська Федерація здійснює нетрадиційні засоби ведення війни проти України, може бути: засилання на територію України збройних найманців та диверсантів для дестабілізації суспільства [6], проведення на території України терористичних актів проти безлічі цілей та з метою залякування цивільного населення [7], розповсюдження в російських ЗМІ неправдивої інформації щодо України [8], здійснення політичного та економічного тиску на Україну [9].

Іншим класичним прикладом нетрадиційних засобів ведення війни вважають також війну, яку вела «Хезболла» у Лівані у 2006 році, використовуючи разом з класичними військовими діями методи ведення інформаційної війни. Нерегулярні збройні формування завдали Ізраїлю, на думку багатьох експертів, стратегічної поразки. У Російсько-грузинській війні 2008 року Російська Федерація, одночасно із застосуванням регулярної армії, вела інформаційну, кібер – та економічну війну [10].

Нетрадиційні засоби ведення війни у сучасних умовах отримали нову назву – «гібридна війна» або «гібридний метод ведення війни». Треба зазначити, що саме поняття «гібридна війна» не є офіційним [11].

Визначення «гібридна війна» відсутнє в міжнародно-правових документах. Більше того, такого поняття не існує й у Воєнній доктрині України – документі, що є національною системою керівних поглядів на причини виникнення, сутності і характеру сучасних воєнних конфліктів. Не застосовується цей термін й у воєнних доктринах Російської Федерації та США [12].

За словами політолога та історика З. Кршижа з кафедри міжнародних відносин і європейських досліджень Університету ім. Масарика (Чешська Республіка), саме поняття гібридної війни вперше використав Вільям Дж. Немет, аналізуючи російсько-чеченську війну. Однак там, за словами Кршижа, йшлося про зіткнення сучасної держави (Російська Федерація) з «гібридним» державним утворенням (Чечнею). «Чеченці змогли в боротьбі з російськими військами поєднувати західні і радянські методи ведення бою з партизанськими вилазками і вільно їх чергували. Вони також вміли здійснювати продумані психологічні операції і налаштовувати населення проти російської влади», – розповідає З. Кршиж [13].

Як зазначає З. Кршиж, з 2013 року Росія планомірно переглядає своє військове планування і методи ведення операцій. Повністю від «традиційної війни» Москва не відмовлялася,

але поступово вона додає та вдосконалює нові компоненти бою [13].

«Всі компоненти, які ми сьогодні могли б назвати частинами гібридної війни, ми спостерігали у Росії і раніше. Змінився лише порядок пріоритетів», – констатує Кршиж [13].

Треба також зазначити, що основною рисою гібридного конфлікту є те, що в ході його дії стираються кордони між миром і війною, і стає не зрозуміло, хто агресор і проти кого потрібно вести боротьбу. До речі, це добре описав начальник Генерального штабу Збройних сил Росії, В. Герасимов, ще у 2013 році, тобто за рік до того, як Російська Федерація застосувала цей метод практично без єдиного пострілу в Криму. Тоді в журналі «Військово-промисловий кур'єр» В. Герасимов опублікував статтю про нову концепцію нелінійних або гібридних воєн, яку сьогодні експерти називають буквально «рецептом» з описом всіх інгредієнтів, з яких Росія «заварила» конфлікт на Україні [13].

У США на певному етапі окремі військові експерти почали вживати термін «hybrid warfare», що українською перекладають як «гібридна війна». Але в англійській мові є слово «war», яке якраз і перекладається на українську як «війна». Термін «warfare» означає дещо інше [12].

Отже, відповідно до Доктрини збройних сил США згадані терміни визначені наступним чином [12]: «war» (укр. «війна») – соціально санкціоноване насилля для досягнення політичної цілі; «warfare» – механізм, метод або спосіб ведення збройного конфлікту проти ворога. Це те, яким чином ведеться війна.

Доктрина збройних сил США офіційно визнає лише два типи ведення війни: звичайний (conventional warfare) та нестандартний (irregular warfare). Концепція «гібридного» типу не є офіційною та вживається американськими військовими для характеристики такого механізму, методу або способу ведення війни, коли має місце поєднання звичайного та нестандартного типів [12].

На сьогодні відсутня будь-яка регламентація цього поняття і в міжнародному гуманітарному праві, яке направлено, в першу чергу, для захисту некомбатантів (мирне населення, журналісти, медичний персонал, духовенство та ін.), а також гуманного відношення до військовополонених [10]. Однак у даному випадку норми міжнародного гуманітарного права взагалі не можуть діяти, оскільки в сучасних гібридних війнах приймають участь нерегулярні збройні сили іноземної держави, а незаконні збройні формування, які нікому не підконтрольні, нелегально фінансуються і озброюються державою агресором та використовують терористичні методи ведення війни, без дотримання будь-яких норм міжнародного гуманітарного права. Для того, аби покарати винних, згідно із нормами міжнародного кримінального права, потрібно перш за все розібратись із типом конфлікту. А як класифікувати гібридну війну нормами, на неї не розрахованими [10]?

Треба також зазначити, що основна проблема у регулюванні гібридних воєн міжнародним гуманітарним правом полягає у тому, що воно концентрується виключно на фізичному вимірі конфлікту, в той час як його роль дедалі зменшується – її заміщують економічний та інформаційний способи ведення війни [10].

Виходячи з викладеного вище можна зазначити, що у сучасних гібридних війнах норми міжнародного гуманітарного права не діють, а це, у свою чергу, створює певні складності для притягнення винних осіб до міжнародної кримінальної відповідальності за військові злочини.

Треба також зазначити, що у сучасному світі однією із серйозних загроз миру та безпеці є те, що для приховування міжнародних злочинів, держава-агресор все частіше може застосовувати гібридні методи ведення війни.

Отже, приходимо до висновку, що нормативно-правові акти міжнародного гуманітарного права є застарілими, що унеможливлює регулювання сучасних збройних конфліктів. З метою протидії гібридним війнам у світі необхідно:

– у межах Генеральної Асамблеї ООН дати правове тлумачення поняттю «гібридна війна»;

– доповнити ст. 5 Римського статуту міжнародного кримінального суду поправкою, згідно з якою визначити гібридну війну актом агресії, на яку розповсюджується юрисдикція Міжнародного кримінального суду;

– активізувати взаємодію держав у межах ООН та НАТО у питанні протистояння «гібридним війнам» та виробленню єдиної стратегії боротьби з цими загрозам;

– щоб кожна держава (на член НАТО) направила свої зусилля на членство в НАТО як найпотужнішої системи колективної безпеки у світі.

Таким чином, перемоги можна досягнути, якщо тримати супротивника у невпевненому стані у своєму розумінні ситуації і своїх намірів, а також робити те, чого він не очікує і до чого не готовий. Л. Гарт стверджував, що не слід застосовувати жорстку стратегію потужних прямих ударів або фіксованих захисних позицій. До своїх висновків він прийшов, коли вивчав методи і перемоги великих стратегій минулого. Л. Гарт також стверджував, що стратегія непрямих дій може бути застосована не лише на війні й у бізнесі, а й в інших суспільних відносинах [13, с. 13]. Тому кожна держава, стосовно якої здійснюється агресія гібридної війни, повинна мати чітке розуміння процесів, які відбуваються. Це дозволить розробити правильну та зрозумілу всім стратегію захисту територіальної цілісності та незалежності держави і реалізувати її на практиці.

ЛІТЕРАТУРА

1. Устав Организации Объединённых Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010

2. Черниш В. Що відбувається на Сході України. Ще раз про термінологію / В. Черниш [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://osvita.mediasapiens.ua/media_law/law/scho_vidbuvaetsya_na_skhodi_ukraini_sche_raz_pro_terminologiyu/

3. Римский статут международного уголовного суда [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_588

4. Збройні конфлікти в сучасному світі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://moyaosvita.com.ua/geografija/zbrojni-konflikti-v-suchasnomu-sviti/

5. Міжнародне гуманітарне право : Навчальний посібник. – К. : Атіка, 2010. – 280 с.

6. СБУ : РФ готує на своїй території найманців для дестабілізації ситуації в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hromadske.tv/society/sbu-rf-gotuye-na-svoyii-teritoriyi-naimantsiv-dlya/

7. ФСБ и ГРУ России на Донбассе готовят теракты на территории Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://nbnews.com.ua/ua/news/165301/

8. Катерина Левченко : Щодо правової оцінки дій провладних ЗМІ в інформаційному просторі України [Електроний ресурс]. – Режим доступу : http://www.3republic.org.ua/ua/ideas/12982

9. Россия оказывает политическое и экономическое давление на Украину [Электронный ресурс]. – Режим доступу : http://ukrlife.net/rossiya-okazyivaet-politicheskoe-i-ekonomicheskoe-davlenie-na-ukrainu/

10. Гібридні виклики міжнародного гуманітарного права [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tyzhden.ua/World/145884/

11. Магда Є. В. Виклики гібридної війни : інформаційний вимір / Є. В. Магда // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 5. – С. 5.

12. Что значит гибридная война? [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://radima.by/что-значит-гибридная-война/

13. Предборський В. «Гібридна війна» як відбиття закономірностей розвитку суспільства незавершеної трансформації / В. Предборський // Формування ринкових відносин в Україні. – 2014. – № 10. – С. 13–18.

УДК 341+124.1:316.774

МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІДНОСИНИ – ОСНОВА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ (ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ)

INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS – BASIS OF INTERNATIONAL LEGAL ORDER (THEORETICAL ASPECTS)

Забара І.М.,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри міжнародного права
Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті розглядається один з теоретичних аспектів проблематики міжнародного правопорядку. Автор узагальнює доктринальні міжнародно-правові погляди і розглядає поширений у теорії міжнародного права підхід, згідно з яким основу міжнародного правопорядку складають міжнародні правовідносини.

Ключові слова: міжнародні правовідносини, міжнародний правопорядок, міжнародно-правове регулювання, міжнародне право, доктрина.

В статье рассматривается один из теоретических аспектов проблематики международного правопорядка. Автор обобщает доктринальные международно-правовые взгляды и рассматривает распространенный в теории международного права подход, в соответствии с которым основу международного правопорядка составляют международные правоотношения.

Ключевые слова: международные правоотношения, международный правопорядок, международно-правовое регулирование, международное право, доктрина.

This article investigates one of the theoretical aspects related to international legal order. The author examines common approach in the theory of international law, under which international legal relations constitute the basis of international legal order.

The author summarizes the international legal doctrinal views and confirms that the issue of international legal relations itself for a long time is one of the important, complex and controversial question of international law.

The author notes that scientific views on the definition of international legal relations, their nature and composition are not numerous and different. Scientific views that were expressed in the doctrine embraced by general theoretical issues, also issues related in particular to the role of international legal relations in the mechanism of international legal regulation and their place in the structure of international legal order. The author states that theoretical studies have focused on several fundamental issues.

The author notes that today the development and increase the number of international legal relations in many areas raises questions about their investigation of complex theoretical aspects. One of them is the issue of the impact of international relations on the modern international legal order.

The authors analysis of recent research and publications indicates that domestic and foreign science, international law issues of international legal relations, comprehensively, in the theory of international law are not investigated. The overwhelming majority of researchers during the period until the early nineties of the twentieth century highlighted the problems of international legal relations primarily from the standpoint of the individual or thematic aspects of international law or emphasized the need for their research. Exceptions were only a few comprehensive works.

To characterize international legal relations author cites a number of scientific views that provide international legal relationships characterize it from the standpoint of international legal order.

Key words: international legal relations, international legal order, international legal regulation, international law, doctrine.

Серед аспектів, за якими у доктрині найчастіше характеризують міжнародний правопорядок – принципами, цілями, функціями, властивостями, передумовами і сферою встановлення, окреме місце посідає питання його основи.

У теорії міжнародного права превалює підхід, згідно з яким основу міжнародного правопорядку складають міжнародні правовідносини.

Разом з тим, питання міжнародних правовідносин саме по собі досить тривалий час виступає одним із важливих, складних і дискусійних у науці міжнародного права. Наукові погляди щодо визначення їх природи, сутності і складу не є численними і різняться. Ті, що були висловлені у доктрині, охопили крім загальних теоретичних питань, ще й конкретні, пов'язані зокрема із їх роллю у механізмі міжнародно-правового регулювання, а також їх місцем у структурі міжнародного правопорядку. Можна констатувати, що доктринальні дослідження були зосереджені на декількох принципових питаннях.

Сьогодні, з розвитком і збільшенням кількості міжнародних правовідносин у багатьох сферах (економічних, екологічних, політичних, інформаційних, гуманітарних, культурних) постають питання щодо дослідження цілого комплексу їх теоретичних аспектів. Одним із таких виступає питання їх впливу на сучасний міжнародний правопорядок.

Аналіз останніх досліджень та публікацій свідчить про те, що у вітчизняній і зарубіжній науці міжнародного права проблематика міжнародних правовідносин комплексно не досліджувалась, про що зазначалось у вітчизняній доктрині. Це питання і сьогодні викликає певні складнощі. Така ситуація склалась з огляду на те, що переважаюча більшість дослідників висвітлювала проблематику міжнародних правовідносин здебільшого з позицій або розвитку окремих тематичних аспектів міжнародного права (праці В. В. Василенка, М. І. Лазарєва, І. І. Лукашука та ін.), або наголошувала на потребі їх дослідження. Виключенням стали тільки комплексні роботи В. М. Шуршалова [1] і В. О. Соколова [2], в яких розглядалась ця проблематика переважно з позицій аналогій міжнародних правовідносин із внутрішньодержавними правовідносинами.

Але, разом з тим, у доктрині було висловлено кілька принципових поглядів, що надавали характеристику міжнародним правовідносинам саме з позицій міжнародного правопорядку. Принциповими серед них постали питання визначення міжнародного правопорядку через сукупність (систему) міжнародних відносин, а також розгляду міжнародних правовідносин у якості основи міжнародного правопорядку. Ми зосередимо увагу на другому питанні.

Метою статті є дослідження міжнародних правовідносин у якості основи міжнародного правопорядку.

Характеризуючи міжнародні правовідносини в якості основи міжнародного правопорядку, варто зазначити, що переважна більшість дослідників виходить з позицій їх органічної єдності.

Так, за визначенням І. І. Лукашука, міжнародний правопорядок виступає «результатом впорядкування системи міжнародних відносин за допомогою міжнародного права», або «як система правовідносин, створена в процесі міжнародно-правового регулювання, підтримання якої необхідно в інтересах нормального функціонування системи міжнародних відносин [3, с. 17-18]. На його думку, «система міжнародно-правових відносин у вузькому сенсі цього слова утворює формальний правопорядок. Разом із міжнародними відносинами, що регулюються, вона утворює правопорядок реальний. Система міжнародно-правових відносин відображає існуючу систему міжнародних відносин, фіксує головні напрями її розвитку, що мають найбільший інтерес до усіх держав» [4, с. 116-117].

Зі свого боку, зазначає Г. І. Курдюков, «устрій усієї системи міжнародно-правового регулювання забезпечує стабільність міжнародного правопорядку» [5, с. 12].

Н. Є. Тюріна, доповнюючи такий підхід зауважує, що «підтримка на певному рівні міжнародного правопорядку не означає якогось фіксованого стану в силу безперервності процесу здійснення міжнародних відносин, і, відповідно, міжнародно-правового регулювання. При цьому правові відносини опосередковують як економічні, так і політичні відносини між державами (їх самостійними і рівними суб'єктами) [6, с. 17].

В. А. Василенко, у свою чергу, такий порядок відносин між суверенними національними державами називає ядром сучасного міжнародного правопорядку [7, с. 4]. Крім міждержавних відносин, він також розглядає відносини міжнародних міжурядових організацій і підкреслює, що, не дивлячись на складність і різноманіття елементів, міжнародний правопорядок представляє єдину систему [7, с. 4].

В. І. Євінтов на підтримку такого підходу зазначає, що «серцевину цієї маси відносин, фундамент порядку складають загальні правові відносини, засновані на принципах міжнародного права, які наділені імперативним характером і виражають загальні інтереси і цінності усього співтовариства держав» [8, с. 70]. При цьому він зауважує, що «загальні правовідносини є постійно діючими, вони утворюють систему правових зв'язків суспільства з приводу захисту спільних інтересів і збереження цінностей, що поділяються усіма» [8, с. 70-71].

Більш лаконічно висловив свою позицію В. Г. Буткевич, зазначивши, що «основу міжнародного правопорядку складають міжнародні правовідносини» [9, с. 543].

Беручи до уваги те суттєве теоретичне значення, яке надається міжнародним правовідносинам для забезпечення міжнародного правопорядку, варто надати їм коротку характеристику. Разом з тим зазначимо, що у цій статті ми обмежимося розглядом тільки суттєвих аспектів міжнародних правовідносин, необхідних для їх характеристики в якості основи міжнародного правопорядку, розглянувши їх поняття, структуру і класифікацію. Дослідження міжнародних правовідносин як окремої проблематики теорії міжнародного права не є предметом цієї статті.

Враховуючи те, що «в науці міжнародного права не вироблено сталої, загальновизнаної думки про природу і сутність міжнародних правовідносин» [9, с. 446], для їх характеристики дотримуватимемось наступних положень.

1. Поняття міжнародних правовідносин. У теорії визначається, що міжнародні правовідносини – специфічна форма міжнародних відносин, їх особливий різновид, відносно самостійний елемент у системі інтернаціональних зв'язків держав (І. І. Лукашук) [4, с. 109].

У контексті розгляду доктринального визначення поняття міжнародних правовідносин варто зазначити, що досить тривалий час у теорії міжнародного права актуальними постають проблеми відмежування міжнародних правовідносин від міжнародних відносин, а також розуміння самих міжнародних правовідносин.

Доктринально зазначається, що «правові відносини і відображені в них суспільні відносини представляють собою діалектичну єдність протилежностей. Єдність полягає у тому, що правовідносини відображають певні риси реальних відносин. Протилежність полягає у тому, що вони є різнопорядковими явищами, що належать до різних сфер. Тому варто розрізняти реальні суспільні відносини з однієї сторони, і правовідносини, що завжди є ідеальними, – з іншої. Вони взаємодіють, проте не зливаються» [4, с. 109]. Правовідносини за своєю природою, обсягом і змістом суттєво відрізняються від відносин, що регулюються, і ніколи не в змозі охопити їх повністю, в усьому багатстві життєвих проявів [4, с. 111].

Визначаючи поняття, на теоретичному рівні було запропоновано розмежувати і виокремити міжнародні правовідносини у вузькому сенсі і міжнародні правовідносини у широкому сенсі. Під «правовідносинами у вузькому сенсі», або власно правовідносинами, було запропоновано розглядати відносини, що виражають взаємозв'язок прав і обов'язків, які випливають із юридичної норми. Під «правовідносинами у широкому сенсі» – розуміти суспільні відносини, врегульовані правом [4, с. 110]. Намагання охопити і визначити найбільш загальне позначення усіх міжнародних правових явищ, яке б включало правосвідомість, систему норм, а також реальний правопорядок і практику правового регулювання, привело до теоретичного виокремлення «правовідносин у самому широкому сенсі» [4, с. 110].

Разом з тим було зазначено, що «як компромісною слід вважати спробу розрізняти міжнародні правовідносини в широкому і вузькому контексті» [9, с. 446]. Варто констатувати, що дискусія з цього питання триває і до сьогодні.

2. Структура міжнародних правовідносин. У контексті питання структури міжнародних правовідносин зазвичай розглядають їх елементи і зв'язки між ними.

Вихідною позицією є те, що у доктрині «з питання щодо структури правовідносин єдності немає» (І. І. Лукашук) [4, с. 111].

Узагальнюючи підходи до цієї проблеми, зазначимо, що у переважній більшості випадків дотримуються тієї позиції, що правовідносини можуть розглядатись як взаємозв'язок суб'єктів – носіїв прав і обов'язків, а також як взаємозв'язок самих прав і обов'язків, які належать суб'єктам. Ґрунтуючись на цьому, доходять висновку про те, що елементами основної структури правовідносин виступають суб'єкти, а також права і обов'язки. Разом з тим доволі часто, незважаючи на спірність питання, до числа основних елементів правовідносин відносять ще і їх об'єкт [4, с. 111].

Більш конкретно з цього приводу висловився В. Г. Буткевич, який зазначив: «враховуючи тривалу дискусію з приводу розуміння природи і сутності міжнародних правовідносин, аналіз їхніх особливостей має містити дослідження: а) суб'єктів права, зокрема на рівні правовідносин, тобто учасників правовідносин; б) змісту правовідносин; при цьому слід розрізняти матеріальний зміст, тобто поведінку суб'єктів (включаючи «санкції» в охоронних правовідносинах), а також юридичний зміст, тобто суб'єктивні юридичні права та обов'язки; в) об'єктів правовідносин [9, с. 447].

Дотримуючись запропонованого підходу, відмітимо наступне.

Характеристика суб'єктів міжнародних правовідносин охоплює кілька принципових питань, зокрема: розмежування понять «суб'єкт міжнародного права» і «суб'єкт міжнародних правовідносин»; визначення можливості брати участь у міжнародних правовідносинах, а також визначення можливості бути суб'єктом будь-яких міжнародних правовідносин; наявність обставин і умов (юридичних фактів), що впливають на можливість виступати суб'єктом конкретних міжнародних правовідносин.

Розгляд прав і обов'язків суб'єктів у структурі правовідносин охоплює питання визначення суб'єктивних прав і суб'єктивних обов'язків суб'єктів, юридичний і матеріальний зміст міжнародних правовідносин, а також питання критеріїв для класифікації походження суб'єктивних прав та обов'язків учасників міжнародних правовідносин.

Характеристика об'єктів правовідносин здійснюється з позицій або конкретних благ, або з позицій суспільних відносин, з приводу яких склались суб'єктивні права та обов'язки суб'єктів. Найчастіше перевага у цьому питанні надається суспільним відносинам.

3. Класифікація міжнародних правовідносин. Міжнародні правовідносини теоретично можуть бути класифіковані за кількома ознаками.

Загальною є класифікація міжнародних правовідносин на загальні (абсолютні) та конкретні (відносні). Відповідно, загальні правовідносини виражають зв'язок (прав і обов'язків) загального характеру, у яких праву кожного суб'єкта відповідає обов'язок усіх інших суб'єктів поважати це право. У конкретних правовідносинах суб'єкти, а також їх взаємні права і обов'язки є індивідуально визначеними. Загальні правовідносини є типовими для основних принципів міжнародного права, а також для норм, що визначають статус суб'єктів. Конкретні правовідносини є типовими для двосторонніх норм. Загальні правовідносини мають універсальний характер. Конкретні правовідносини мають чітко визначене коло суб'єктів, їх взаємних прав і обов'язків. Система загальних правовідносин поширюється на усі держави і має спільний характер. Система конкретних правовідносин має індивідуальний характер [4, с. 112]. Питання про загальні і конкретні правовідносини розглядається багатьма авторами у зв'язку із інститутом відповідальності. Проте, погляди різняться. Одні вважають, що у міжнародному праві є тільки конкретні (або відносні) правовідносини, у яких права і обов'язки суб'єктів існують лише по відношенню один до одного. Інші вважають, що порушення деяких найбільш важливих норм породжує загальні (або абсолютні) правовідносини, які зачіпають інтереси усіх держав і дають їм можливість уживати заходів проти порушника [4, с. 120].

До цього ж можна додати і запропоновану класифікацію за місцем, сферою, та часом дії міжнародних правовідносин. Зокрема, «за місцем, яке вони займають у системі міжнародних відносин, міжнародні правовідносини поділяються на загальні, що відносяться до усієї системи, і галузеві, що відносяться лише до певних галузей. За сферою дії розрізняють універсальні, регіональні і партикулярні відносини, за часом дії – строкові та безстрокові» [4, с. 117].

За іншою класифікацією серед міжнародних правовідносин, що складають основу міжнародного правопорядку, розрізняють: 1) міжнародні договірні правовідносини; міжнародні територіальні (морські, повітряні, космічні, прикордонні тощо) правовідносини; правовідносини, які створюються в межах міжнародних інституційних механізмів; правовідносини міжнародної безпеки; міжнародні гуманітарні правовідносини та ін.; 2) міжнародні регулятивні та охоронні правовідносини; 3) міжнародні правовідносини з різною кількістю учасників (прості – два учасника, складні – багато учасників); 4) односторонні і взаємні правовідносини; 5) правовідносини з різним фактичним обсягом; 6) відносно ізольовані й тісно пов'язані з іншими правовідносинами групи та ін.» [9, с. 543].

Такою виступає стисла характеристика суттєвих аспектів міжнародних правовідносин.

Підсумовуючи, зазначимо, що сучасне міжнародне право надає своїм суб'єктам доволі широкі можливості для вибору і формування комплексу власних правовідносин, необхідних для реалізації їх міжнародних інтересів. Враховуючи багатогранність, динамічність і складність сучасних міжнародних правовідносин, варто визнати, що вони не тільки складають основу міжнародного правопорядку, але, разом з тим, і визначають його майбутні «контури».

Таким чином, розглянувши питання міжнародних правовідносин з позицій їх основи для міжнародного правопорядку, варто зазначити наступне:

– міжнародні правовідносини посідають важливе місце і відіграють суттєву роль при характеристиці міжнародного правопорядку, оскільки, на думку більшості науковців, виступають його основою;

– переважна більшість дослідників виходить з позицій органічної єдності міжнародних відносин і міжнародного правопорядку, який формується на їх основі;

– проблематика міжнародних правовідносин досить тривалий час виступає одним із важливих, складних і дискусійних у науці міжнародного права;

– наукові погляди щодо визначення природи, сутності і складу міжнародних правовідносин не є численними і різняться;

– для характеристики теоретичних аспектів сучасних міжнародних правовідносин суттєвими для подальших наукових розвідок виступають питання їх поняття, структури і класифікації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шуршалов В. М. Международные правоотношения / В. М. Шуршалов. – М. : Международные отношения, 1971. – 240 с.

2. Соколов В. А. Теоретические вопросы межгосударственных правоотношений / В. А. Соколов. – Красноярск : Из-во Красноярского ун-та, 1988. – 208 с.

3. Лукашук И. И. Международно-правовое регулирование международных отношений (системный подход) / И. И. Лукашук – М. : Международные отношения, 1975. – 176 с.

4. Лукашук И. И. Механизм международно-правового регулирования / И. И. Лукашук – Киев : Вища школа, 1980. – 168 с.

5. Курдюков Г. И. Государство в системе международно-правового регулирования / Г. И. Курдюков. – Казань : Издательство Казанского университета, 1979. – 174 с.

6. Тюрина Н. Е. Международный правопорядок (современные проекты совершенствования и преобразования) / Н. Е. Тюрина. – Казань : Издательство Казанского университета, 1991. – 96 с.

7. Василенко В. А. Стратегия международно-правового обеспечения миропорядка / В. А. Василенко // Вестник Киевского университета : Международные отношения и международное право. – 1984. – № 18. – С. 3–14.

8. Евинтов В. И. Международное сообщество и правопорядок (анализ современных концепций) / В. И. Евинтов. – К. : Наукова думка, 1990. – 128 с.

9. Міжнародне право. Основи теорії : підручник / за ред. В. Г. Буткевича. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.

УДК [351.74:340.5](477+73)

РЕФОРМА УКРАЇНСЬКОЇ ПОЛІЦІЇ: АМЕРИКАНСЬКИЙ ДОСВІД

UKRAINIAN POLICE REFORM: THE AMERICAN EXPERIENCE

Стаценко А.В.,
к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

У статті проаналізовано стан реформи поліції в Україні на момент публікації. Автор аналізує норми, що регулюють роботу поліції в США та інших країнах, а також визначає їх позитивні і негативні сторони. Висвітлена спроба українського законодавця реформувати українську міліцію за американським принципом, висловлюються пропозиції щодо вдосконалення існуючого законодавства. Автор аналізує законодавство США в сфері діяльності поліції та судових рішень. Також внесені пропозиції щодо поліпшення функціонування нових поліцейських сил, їх швидкого і більш ефективного реформування.

Ключові слова: поліція, права поліцейського, національна поліція України, реформа поліції, застосування вогнепальної зброї, права поліцейського, патрульна поліція.

В статье проанализировано состояние реформы полиции в Украине на момент публикации. Автор анализирует аналогичные нормы в США и других странах, а также её положительные и отрицательные стороны. Освещена попытка украинского законодателя реформировать украинскую милицию по американскому принципу, высказываются предложения по совершенствованию существующего законодательства. Автор анализирует законодательство США в сфере деятельности полиции и судебных решений. Также внесены предложения по улучшению функционирования новых полицейских сил, их быстрого и более эффективного реформирования. В статье рассмотрен украинский опыт реализации этих положений.

Ключевые слова: полиция, права полицейского, национальная полиция Украины, реформа полиции, применение огнестрельного оружия, права полицейского, патрульная полиция.

The article analyzes the condition of the police reform in Ukraine as of this publication. The author analyzes the similar provisions of the statute in the US and other countries, as well as its positive and negative sides. The article deals with an effort of Ukrainian legislator to reform the Ukrainian police on the American principle. The author makes suggestions for improving the existing legislation.

The main purpose of this article is to analyze the international experience and to implement the most appropriate elements of the US regulatory legal acts to the Ukrainian police reform. Also it should be clearly defined the role and place of the law enforcement system reform in Ukraine, in terms of respect for fundamental human rights and freedoms and the protection of public order.

Practically, police reform in Ukraine primarily includes the providing of the fundamentally new scheme of work of the National Police, which should serve the following objectives and principles – to cater the community by providing protection human rights and freedoms, to counteracting crime, to support public safety and public order. The author analyzes the US legislation in police sphere and court decisions. Also author tries to make suggestions for improving the functioning of the new police force, as well, as it faster and more effective reforming. The Ukrainian experience of implementation of this provisions is analyzed in the article.

Key words: police, law on police, national police of Ukraine, engagement of firearms, police powers, administrative police.

Останнім часом дуже багато обговорень з приводу реформи поліції в Україні за прикладом США. Отже, за взірець вітчизняний законодавець вирішив взяти основи поліцейського устрою найрозвиненішої та найдемократичнішої держави світу, але чи можна перенести американський досвід до української держави та українського менталітету?

Іноді абсурдним може здатися той факт, що за останні роки витрати на поліцію в Україні збільшились на 60%, а рівень злочинності зріс на 45%.

Зважаючи на те, що процес перетворень ініційований ще у березні 2008 року відповідним Указом Президента України від 05 квітня 2008 року № 245/2008 [4], має здійснюватися в руслі європейської правової доктрини в аспекті дотримання прав людини правоохоронними органами, який окреслив основні напрямки реформування міліції [2], але, на жаль, далі прийняття цього нормативного акту діло не пішло.

Залишивши осторонь всі філософські питання, вважаємо за потрібне звернути увагу на основні елементи американської поліцейської системи та встановити проблеми, з якими доведеться зіштовхнутися нашій країні на шляху реформування поліції за американським досвідом.

По-перше, на наш погляд, треба звернути увагу на повноваження співробітників поліції. Сьогодні, після сумнозвісних подій 07 лютого 2016 року, коли один з офіцерів патрульної поліції під час нічного переслідування застрелив людину [3], гостро стоїть питання щодо повноважень нової української поліції, особливо в частині права на застосування вогнепальної зброї. На жаль, аналізуючи практику, можна дійти висновку, що схожі випадки мають місце і в США, але у США права офіцера та обов'язки водія чітко регламентовані на законодавчому рівні. Це підстави зупинки, порядок огляду та обшуку водія та транспортного засобу, а також порядок застосування спеціальних засобів тощо. Проте, як правило, потерпілі самі, своєю поведінкою та діями, провокують офіцера на застосування вогнепальної зброї, чи то невиконанням вимог поліцейського, чи різкими рухами, які офіцер може прийняти за спробу дістати зброю тощо.

Навіть перед складанням іспиту для отримання водійських прав у США (штат Нью-Йорк), особа підписує документ, у якому вона погоджується з тим, що у разі зупинки транспортного засобу та наявності вагомих підстав «Probable cause» [7], офіцер поліції може оглянути водія та його машину. У тестах на знання правил є декілька питань щодо дій водія у разі, якщо його зупиняє поліцейське авто. Це означає, що будь-яка особа, що здає іспити та отримує водійське посвідчення у США, усвідомлює, як поводитись у разі зупинки транспортного засобу співробітником поліцейського департаменту, розуміє, що можна робити при спілкуванні з полісменом, а що – ні.

Хоча, як вважають деякі науковці та практикуючі юристи, таке положення йде в розріз з положеннями IV-ї та V-ї поправок до Конституції США, які гарантують право бути вільним від безпідставного затримання та обшуку. У 2009 році Верховний Суд США у своїх рішеннях чітко визначився, у яких саме випадках офіцер, що зупинив авто, має право його оглянути. Існують три види огляду: поверхневий огляд (тобто те, що патрульний бачить навколо водія у авто); так званий пошук – інвентаризація (при арешті водія, перепис майна у авто для уникнення майнової від-

повідальності); обшук зі згадуваних вище probable cause, якщо є підстави вважати, що у водія є зброя, чи докази злочину можуть знаходитись у авто (до речі, ця процедура передбачає pat-down, тобто водія кладуть на асфальт та обшукують на наявність зброї чи контрабанди) [8].

Так, ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» [1] дає поняття поверхневої перевірки як превентивного поліцейського заходу, який здійснюється шляхом візуального огляду особи, проведенням по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом, візуальним оглядом речі або транспортного засобу. Поліцейський для здійснення поверхневої перевірки особи може зупиняти осіб та/або оглядати їх, якщо існує достатньо підстав вважати, що особа має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб. Поверхнева перевірка здійснюється поліцейським відповідно до законодавства. У невідкладних випадках поверхневу перевірку може здійснити будь-який поліцейський лише з використанням спеціального приладу або засобу.

Відповідно до ч. 4 ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію», поліцейський може здійснювати поверхневу перевірку речі або транспортного засобу за наступних підстав: якщо існує достатньо підстав вважати, що в транспортному засобі знаходиться правопорушник або особа, свобода якої обмежується в незаконний спосіб; якщо існує достатньо підстав вважати, що в транспортному засобі знаходиться річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб; якщо існує достатньо підстав вважати, що річ або транспортний засіб є знаряддям вчинення правопорушення та/або знаходиться в тому місці, де може бути скоєно кримінальне правопорушення, для запобігання якого необхідно провести поверхневу перевірку.

Законодавець зазначає, що поверхнева перевірка речі або транспортного засобу здійснюється шляхом візуального огляду речі та/або транспортного засобу або візуального огляду салону та багажника транспортного засобу. Поліцейський при здійсненні поверхневої перевірки має право вимагати відкрити кришку багажника та/або двері салону, та під час поверхневої перевірки речі або транспортного засобу особа повинна самостійно показати поліцейському вміст особистих речей чи транспортного засобу.

Враховуючи викладене, можна дійти висновку, що положення вітчизняного закону дуже схожі із відповідними положеннями у законодавстві США.

Повернемось до ситуації із застосуванням зброї. У США перша письмова інструкція по застосуванню сили і вогнепальної зброї була видана шефом поліції Нью-Йорка у 1972 році. Незважаючи на те, що його приклад перейняли багато департаментів, загально федерального правового стандарту застосування поліцією сили не існувало аж до середини 1980-х років.

Найважливіше значення для вирішення даного питання, а також для узагальнення практики, стало рішення у справі «Теннессі проти Гарнера» [10] у 1985 році, в якому суд визнав неконституційним законодавчо закріплене в багатьох штатах «правило злочинця, що втікає», що дозволяло поліцейському вдатися до використання вогнепальної зброї (аж до заподіяння смерті) щодо неозброєного підозрюваного, що здійснює спробу до втечі під час затримання. З цього часу застосування вогнепальної зброї як особливого виду силового примусу визнавалося законним і обґрунтованим лише в тому випадку, якщо є підстави вважати, що підозрюваний представляє істотну загрозу для життя чи здоров'я працівника поліції або інших осіб. На даний момент існує лише два національні стандарти застосування поліцією сили: заборона застосування вогнепальної зброї проти неозброєного злочинця, що втікає, та більш широкий принцип заборони застосування будь-яких заходів силового примусу без наявності на те об'єктивної необхідності [5].

Вогнепальна зброя у США – останній, але найвагоміший для багатьох аргумент не на користь сутички з представником закону. Згідно з діючими правилами, співробітник поліції може застосовувати табельну зброю в будь-якій ситуації, яку він вважає небезпечною для свого життя і здоров'я. Втім, будь-яке застосування зброї автоматично тягне за собою медичний огляд, а також відпустку і розслідування щодо законності його застосування.

На сьогодні у США існує безліч довідників, книжок та рекомендацій з приводу того, як поводитись та як спілкуватись із офіцером поліції, якщо вас зупинили. Існують основні рекомендації:

1. Заглушить двигун та поставте авто на ручне гальмо. Такі ваші дії дадуть офіцеру зрозуміти, що ви не плануєте втікати. Не нервуйте та не намагайтесь дістати із бардачка документи на авто.

2. За будь-яких обставин залишайтесь у авто, якщо офіцер не запросить вас вийти з авто.

3. Увімкніть світло в салоні (якщо на вулиці темрява), це дасть можливість офіцеру бачити ваші рухи.

4. Відкрийте вікно водія. Приблизно до половини, але офіцер може попросити опустити вікно до кінця, це не примха полісмена, це перевірка на відсутність у дверцятах вашого авто контрабанди чи наркотиків.

5. Тримайте руки на рулі. Офіцер, що зупинив вас має бачити ваші руки завжди [9].

Поліцейські у США без причини ніколи не зупиняють автомобілі, вони просто не мають права це робити, на відміну від їх українських колег, які зупиняють транспортний засіб для перевірки, аргументуючи це тим, що на подібне авто є орієнтування, чи є підстава вважати, що водій знаходиться у нетверезому стані, або водій чи пасажир схожий на особу, на яку є орієнтування.

Наступне питання, це система оплати праці полісменів та соціальних гарантій їх та їхніх сімей. Поліцейським у США є що втрачати. Заробітна плата пересічного співробітника у 2012 році, в залежності від регіону і звання, становила 60-90 тис. доларів на рік. Преміальні, спецвиплати і понаднормові дозволяють деяким співробітникам її збільшити до 200 тис. доларів на рік. Крім цього, правоохоронці мають повну медичну страховку і пільги на іпотеку. Пенсійних виплат колишній поліцейський має не менше 50% від заробітної плати. Якщо термін служби перевищує 30 років, пенсія досягне 75% заробітної плати. У більшості штатів діти поліцейських мають пільги на навчання у коледжах та університетах.

Сьогодні у США для того, щоб стати співробітником поліції, необхідно закінчити поліцейську академію, навчання в якій триває близько року, на відміну від набору до Національної поліції України, де майбутніх полісменів готують біля 2-х місяців.

Ще одним питанням, з якого можна написати окрему публікацію, є оснащення співробітників поліції. У США це новітні радар-детектори, видеореєстратори, серед засобів захисту – це сучасні куленепробивні жилети, перцеві балончики, гумові кулі, і, маловідомі в Україні, пристрої спрямованої енергії «Тайзери», що дозволяють фактично паралізувати людину на відстані до 10 м за допомогою дистанційного електричного розряду. До речі, у 2009 році в роботі Форуму дослідження поліцейських органів показано, що у поліцейських, озброєних тайзером, зменшився відсоток отримання травм на 76%. Головний виконавчий директор фірми «Taser International» заявив, що опитування поліції показують, що застосування тайзерів врятувало вже понад 75 тис. життів [6]. Вогнепальна зброя негайно зупиняє правопорушника в 62-67% з першого попадання виключно в життєво важливі ділянки тіла. Тайзер гарантовано зупиняє правопорушника в 76-80%, при поціленні двома електродами в будь-яку частину тіла. Що робить їх

більш ефективною зброєю в порівнянні з травматичною та вогнепальною зброєю.

Проте вогнепальна зброя у США також доволі часто використовується. Тільки у Нью-Йорку в 2012 році ця крайня міра силового примусу застосовувалася поліцейськими 105 раз (14 осіб були поранені і 16 вбиті).

Таким чином, враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що вітчизняний законодавець хоча й перейняв досвід США у якості прикладу для реформування української міліції, але дуже багато моментів залишились поза увагою. Так, окрім недостатньої, на наш погляд, підготовки кадрів нової патрульної поліції, існує безліч питань, які вітчизняному законодавцю необхідно вирішити. Це й фінансове та соціальне забезпечення співробітників поліції на достатньому рівні, це забезпечення полісменів на відповідному технологічному рівні, тобто оснащення поліцейських автомобілей сучасними засобами відеофіксації та вимірювання швидкості тощо. Це забезпечення патрульних засобами нелетальної дії типу «Тайзер», а також забезпечення кожної особи особового складу сучасним куленепробивним жилетом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02 липня 2015 року // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 40-41. – Ст. 379.

2. Мартиненко О. Основні принципи реформування органів внутрішніх справ як превентивний фактор порушень прав людини / О. Мартиненко // Право України. – 2009.

3. Смертельная погоня со стрельбой [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ru.tsn.ua/kyiv/v-seti-poyavilos-video-rezonanskoy-pogoni-v-kotoroy-policeyskie-zastrelili-passazhira-bmw-576425.html

4. Про заходи щодо реформування системи органів Міністерства внутрішніх справ України : Указ Президента України від 05 квітня 2008 року // Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 8. – Ст. 405.

5. Amnesty International – США ответила на доклад комиссии по Фергюсону [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://amnesty.org.ru/ru/2015-09-16-us/

6. Legal Information Taser Oficial Site [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.taser.com/legal.

7. «Probable cause» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/probable-cause.html.

8. Police Stops : What to Do If You Are Pulled Over [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/police-stops-when-pulled-over-30186.html.

9. The Criminal Law Handbook : Know Your Rights, Survive the System, by Paul Bergman and Sara J. Berman. – 2015. – 659 p.

10. United States Supreme Court TENNESSEE v. GARNER, (1985) No. 83-1035 Decided : March 27, 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/471/1.html#sthash.3VLyOOU 2.dpuf.

РОЗДІЛ 10
ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

УДК 340.12

СУЧАСНІ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОРОЗУМІННЯ І ПРОБЛЕМА ІДЕНТИЧНОСТІ

PHILOSOPHICAL CONCEPTUALIZATION OF LAW COMPETANCE AND PROBLEM OF IDENTITY

Гайворонюк Н.В.,
к. філос. н., доцент кафедри філософії та політології
Львівський державний університет внутрішніх справ

Обґрунтовується філософсько-правова концептуалізація праворозуміння у зв'язку з проблемою ідентичності. Висвітлюються питання сучасних підходів до праворозуміння та нові форми ідентичності. Наголошується на світоглядних характеристиках сучасного світу та їх плюралістичному характері. Визначаються особливості філософського розуміння права на ідентичність.

Ключові слова: філософія права, концепції праворозуміння, проблема ідентичності, право на ідентичність.

Обосновывается значение философско-правовой концептуализации правопонимания в связи с проблемой идентичности. Освещаются современные подходы к правопониманию, раскрываются новые формы идентичности. Акцентируется внимание на мировоззренческих особенностях современного мира и их плюралистическом характере. Определяется специфика философского понимания права на идентичность.

Ключевые слова: философия права, концепции правопонимания, проблема идентичности, право на идентичность.

These are devoted to the issue of law competence in the epoch of postmodern. Attention is paid to debatable aspects of law competence in post classical (non-classical) theories of law. Focuses on their plural character. Defines the features of postmodern conceptualization of legal consciousness. Determined particularity of postmodern law competence.

The problem of modern concepts comprehension because comprehension process is important and urgent category, because of the understanding of the law depends on its implementation and application. The problems of comprehension, describes and characterizes scientific approaches to modern scientific concepts comprehension. Grounded modern scientific questions modern concepts of comprehension as the process of comprehension is important and relevant category because of the understanding of the law depends on its implementation and application. The problems of comprehension, describes and characterizes scientific approaches to modern scientific concepts comprehension. Grounded modern scientific concepts, scientific category, identifies certain types and levels of comprehension.

Modern law is dynamic and social construct, a legal reality. It is the result of human activity. This law is based on the opposition, which ensure continuous development.

The law is closely related to man and his status in the world today.

Important role in legal theory played an anthropological turn held in the second half of the twentieth century. At the first place was the problem of man and his identity.

Now the problem has changed. Identity is the result of free election. Polyphonic nature is it feature. The main issue of identity is a matter of choice and freedom. But not dictatorship. The right to identity is the core contemporary thinking of law. It's based on the human rights and freedoms.

The right to identity divided into individual and social aspects. The individual aspect is associated with the meaning of life, social dimension ensures the safety of life. human rights are the foundation of a secure life.

Key words: philosophy of law, law competence, problem of identity, identity of law.

Стрімкі зміни, що нині відбуваються практично у кожній сфері суспільного та індивідуального буття, спонукають та підштовхують до перегляду та розуміння їх звиклих форм. Дискусії, що точаться у теорії права щодо ролі, яке воно виконує сьогодні, щодо змісту та відображення у різних буттєвих іпостасях, є тому наочним підтвердженням. Якщо класичне розуміння права, що сформувалось у попередню (модерну) добу, характеризувалось як таке, що мало ознаки беззаперечної істини, то в умовах зміни духовної атмосфери та культурно-смислових параметрів глобалізаційного світу все відбувається інакше. Право є однією зі сторін буття, а тому, як і буття, воно піддається змінам, які є результатом інсинуацій часу, що розпочались в різних країнах ще у минулому столітті і продовжуються донині. Перманентні зміни, що відбуваються у світі, або т. зв. «плинні часи» ускладнюють розуміння права, його суспільне та індивідуальне призначення хоча б тому, що змінилась (і продовжує змінюватись) сама людина, яка вільно ідентифікує себе в системі нових суспільних координат та вільно обирає свою індивідуальну, релігійну, національну ідентичність. Робить вона це насамперед крізь призму права, адже найважливішим ідентифікатором для неї у XXI столітті стають права людини. Проблема ідентичності розкриває себе по-новому хоча б тому, що загальною основою ідентифікаційних процесів у їх широкому значенні є розуміння людиною своїх основних прав і свобод.

За таких умов стає актуальним досліджувати та аналізувати право на основі міждисциплінарного підходу, зокрема, включаючи до аналізу права той інструментарій, яким користується філософія права, тобто максимально можливий рівень теоретичного узагальнення. Ще одним фактором, що свідчить про потребу переходу на новий рівень праворозуміння є визнання плюралізму як вихідного принципу аналізу, який у праві розкривається через виявлення всіх його форм, наявних у суспільстві, з'ясуванні насущних проблем і визначенні оптимальних варіантів взаємодії людини з інститутами права, їх філософською концептуалізацією. В свою чергу множинність праворозуміння, що приходить на зміну уніфікованому тлумаченню права, неможлива, як зазначалось вище, без міждисци-

плінарних узгоджень, обговорення дискусійних питань, використання наявних у філософії права методик та методологій аналізу. Все це робить актуальним вивчення проблематики, в якій право виступає окремим предметом філософування та концептуалізації.

У сучасній зарубіжній та українській науці є чимало досліджень, присвячених ролі та змісту права, загалом, праворозумінню. Наукові розвідки таких учених як В. Лапаєва, К. Мелкевік, Н. Мозоль, Ю. Оборотов, П. Рабінович, О. Слюсаренко, І. Честнов та ін., створили фундамент для сучасного філософсько-правового осмислення права. Серед філософів, чиї роботи мають методологічне значення у вивченні обраної теми у зв'язку з проблемою ідентичності варто виділити З. Баумана, В. Вельша, П. Гречка, П. Козловськи, С. Куцепал, В. Лук'янець, В. Окорокова, К. Харта та ін.

Мета статті полягає у тому, щоб на основі сучасних концепцій праворозуміння показати їх зв'язок з проблемою ідентичності, виокремивши при цьому поняття «право на ідентичність».

Розуміння права, його ролі у суспільних та державотворчих процесах, розкриття та збагачення його змісту є однією з актуальних тем філософсько-правової науки. Представники інших галузей наукового знання не менш зацікавлено вивчають різноманітні аспекти праворозуміння, про що свідчить хоча б той факт, що тлумачення права безпосередньо пов'язується із різними сферами суспільного та індивідуального буття. Характерною ознакою сучасних філософсько-правових концепцій праворозуміння є їх множинний характер. З метою підтвердити цю думку наведемо найбільш відомі, узагальнені підходи до праворозуміння. Зокрема, прихильники аксіологічного тлумачення права виходять з того, що вихідною формою буття права є громадська свідомість, а тому під правом розуміють систему ідей або понять про загальнообов'язкові норми, права, обов'язки, заборони, природні умови їх виникнення та реалізації, порядок і форми захисту, які є в громадській свідомості й орієнтовані на моральні цінності. Право розуміється як нормативно закріплена справедливість, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту. Другий підхід (нормативний) виходить з того, що всі норми права зафіксовані у законі, а тому право і закон ототожнюються. Разом з тим підкреслюються такі властивості права, як формальна визначеність, точність, однозначність правового регулювання. Прихильники «соціологічного» підходу ототожнюють процеси правотворчості й застосування права, тоді як умовою дотримання та забезпечення режиму законності може бути діяльність правозастосовувальника в межах, установлених законом.

Одним із поширених є інтегративний підхід, який ураховує і поєднує все цінне в зазначених концепціях праворозуміння. Його автор (Д. Холл) має на меті створення єдиного уявлення про право шляхом синтезу правових норм, правових процесів і моральних цінностей.

Про що свідчить наявність цих та багатьох інших підходів до праворозуміння? Насамперед про те, що сьогодні відбувається активний пошук нового «образу» права та його концептуального осмислення. І хоча окремі дослідники вказують на методологічну кризу праворозуміння (А. Скоробагатов), інші, такі як П. Рабінович, тримаються думки про те, що змістовна плюралістичність праворозуміння була і залишається його нездоланною властивістю [5, с. 24].

Важливим фактором, що впливає на розуміння права є його «прив'язаність» до правової реальності. Але у «плинні часи» (так називає постмодерн З. Бауман) догма права втрачає свою стійкість, також стає плинною, рухомою. Український дослідник Ю. Оборотов звертає на це увагу і постулює, що по суті йдеться про творення нового буття права і держави, котре стає предметом наукового аналізу, базованого на врахуванні кризових явищ у правовій реальності та державному житті сучасного суспільства [4, с. 51]. Отже, на основі співставлення сущого і належного у праві відбувається виявлення всіх його форм, що існують у суспільстві, діагностика проблем і визначення можливих шляхів подолання приниження людини з боку суспільних структур [4, с. 19].

Виділимо загальні методологічні принципи, котрі можуть вважатись базовими для сучасної методології правознавства. Додамо, що на цих принципах побудована концептуальність посткласичних теорій праворозуміння (вони, в свою чергу, були відображенням найважливіших змін або «поворотів» у соціогуманітарному знанні другої половини XX століття). Серед них: 1) принцип додатковості, з якого випливає відсутність єдиного привілейованого погляду на об'єкт і залежність образу об'єкта від використаного методу його конструювання і пізнання. Принцип додатковості постулює невичерпність вимірювань, поглядів на об'єкт, і, як наслідок, множинність типів праворозуміння; 2) по-друге, лінгвістичний «поворот», з яким пов'язане конструювання та відтворення правової реальності за допомогою мови; 3) по-третє, антропологічний «поворот», який вважає людину в усіх її проявах центром соціальності і, тим самим, правової системи, адже саме людина створює правову реальність, відтворює її своїми діями і ментальною (психічною) активністю; 4) прагматичний «поворот», сутність якого стосовно правознавства полягає у тому, щоб визнати за реальне існування права лише те, що (його знакове вираження) втілюється у практиках людей – носіїв правових статусів. З означених вище «поворотів», як зазначає І. Честнов, випливає антифундаменталізм і конструйованість права як проявів посткласичної методології юриспруденції [6, с. 78-80].

Отже, сучасне право є правом з постійно мінливим змістом, тобто являє собою таке праворозуміння, у якому акцент робиться не на статику, а на динаміку права (механізм відтворення права) при збереженні його нормативності. Це право не відчужене від суб'єкта, воно є соціальним конструктом, правовою реальністю, яка створюється та реалізується людською активністю. Це право, в якому його об'єктивність (нормативність) знову таки тісно поєднана з активністю суб'єкта. І нарешті, це право є діалогічним (поліфонічним), містить у собі протилежності, які й забезпечують його «перманентне становлення, яке ніколи не буде завершеним» [7, с. 12].

У будь-якому разі очевидно, що це право тісно пов'язане із людиною та її статусом у сучасному світі. Для розуміння цього моменту варто нагадати про антропологічний «поворот» у гуманітарній науці, який розпочався у 60-ті роки минулого століття і відіграв вирішальну роль не лише у праворозумінні. Приблизно у цей же час психолог Е. Еріксон (у другій половині XIX століття) досліджував психічні механізми процесу ідентифікації індивідів, чим започаткував постановку проблематики ідентичності. Як в зарубіжній, так і українській інтерпретації вона насамперед пов'язана з людиною та її головними смисловими запитаннями, які виникають на ґрунті співставлення понять «тотожність» і «відмінність». Але у сучасному світі, який ще класифікують як постмодерний, ідентичність має свою специфіку і виражається через прийняття ідеї самоцінності кожного суб'єкта.

Насамперед, вона починається з права на ідентичність у фундаментальному сенсі цього слова (можна провести аналогію з правами людини) – як свободи, свободи вибору своєї ідентичності. Іншими словами, це – «фундаментальне право на своєрідність», право на самобутність, відмінність і т.д.

Розуміння права на ідентичність започатковане відносно недавно у документах ООН стосовно розуміння її не лише як демократичної норми, а як акта вільного вибору,

який здійснює індивід за наявності інших альтернатив. «Щоб стати повноцінними членами товариств, побудованих на різноманітті, і сприйняти загальнолюдські цінності терпимості і поваги до загальних прав людини, індивіди повинні вийти з жорстких рамок тієї чи іншої ідентичності». Крім того, почуття самобутності та приналежності до групи, що поділяє загальні цінності, має величезне значення для індивіда. Однак кожна людина може ототожнювати себе з багатьма різними групами [2].

У сучасному світі ідентичність конституюється як процесуальне розрізнення, комунікація відмінностей – індивідуального і соціального. Варто погодитись із такою дуальністю, підміченою А. Гречко. Він зазначає, що у такій ідентичності індивідуальне тяжіє до екзистенції, або справжнього існування, а соціальне – до виразно мінімальної, але все ж гарантії того, що це справжнє існування збережеться, отримає інституційну підтримку, знайде безпечну інфраструктуру [1, с. 178]. Однією із «опор» такої «безпечної конструкції» для сучасної людини повинно стати право.

Підсумовуючи викладене, варто зазначити: по-перше, сучасні концепції праворозуміння мають плюралістичний характер, що у цілому відповідає світу, який постійно змінюється; по-друге, розуміння права є динамічним процесом, у якому відображаються зміни суспільного та індивідуального буття; по-третє, філософська рефлексія щодо права може бути «містком», що прокладається у міждисциплінарній галузі з метою виявлення прихованого «на глибині» потенціалу праворозуміння. При цьому вихідним принципом щодо права та його розуміння повинен залишатись принцип плюралізму як такий, що сприятиме не лише кількісному зростанню правового знання, але і його якісному відбору. І, нарешті, філософія права має великий потенціал для аналізу праворозуміння у сучасних суспільствах, які базовані на нових підходах до розуміння ідентичності, зокрема, права на ідентичність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гречко П. К. Идентичность – постмодернистская перспектива / П К. Гречко // Вопросы социальной теории. – 2010. – № 4. – С. 171–190.

2. Доклад о развитии человека. Культурная свобода в современном многообразном мире [Електронний ресурс]. – Режим доступу : hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-russian.pdf

3. Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? / О. В. Мартышин // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 13-15.

4. Оборотов Ю. Н. Разнообразие парадигм правопонимания эпохи постмодерна / Ю. Н. Оборотов // Наук. пр. Одес. нац. юрид. акад., 2008.

5. Рабінович П. М. Філософія права : навчальний посібник / П. М. Рабінович. – К., 2013. – 232 с.

6. Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна / И. Л. Честнов // Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 4-16.

7. Честнов І. Посткласична методологія права / І. Честнов // Право України. – 2014. – № 1. – С. 78-84.

УДК 340.12

ДЕТЕРМІНАЦІЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПОКАРАННЯ У ДИСКУРСІ ЗАРУБІЖНОЇ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ

DETERMINATION OF RESPONSIBILITY AND PUNISHMENT IN THE DISCOURS OF FOREIGN PHILOSOPHICAL AND LEGAL THOUGHT

Олексюк М.М.,
к.філос.н., доцент
Львівський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена аналізу основних концепцій відповідальності та покарання у зарубіжній філософсько-правовій думці у контексті розкриття взаємозв'язку даних соціально-правових явищ. Важливою проблемою онтологічного визначення відповідальності виступає її класифікаційна характеристика, що дає можливість виявити її ознаки, які сприяють встановленню детермінації різних правових явищ, в тому числі і визначення рівня покарання за здійснене.

Ключові слова: відповідальність, покарання, філософсько-правова концепція, заслужена відплата, інтерпретація провини, ретрибутивізм, доброчесність, можливість, зобов'язання.

Статья посвящена анализу основных концепций ответственности и наказания зарубежной философско-правовой мысли в контексте раскрытия взаимосвязи данных социально-правовых явлений. Важной проблемой онтологического определения ответственности выступает ее классификационная характеристика, дающая возможность выявить ее характеристики, способствующие уяснению взаимосвязи различных правовых явлений, в том числе и определения уровня наказания за осуществленные действия.

Ключевые слова: ответственность, наказание, философско-правовая концепция, заслуженное возмездие, интерпретация вины, ретрибутивизм, добродетель, возможность, обязательство.

The article analyzes the basic concepts of responsibility and punishment of foreign philosophical and legal thought in the context of revealing the interconnection of socio-legal phenomena. Its classification description comes forward the important problem of ontological definition of responsibility and gives an opportunity to educe her descriptions which assist to get a clear idea of intercommunication of thedifferent legal phenomena, including definitions of level of punishment, for realizable actions. A row from researchers distinguish her retrospective and perspective variety (Ricouer), responsibility by control and responsibility by delegation (Fleurbaey), a row is more widely classified this phenomenon, selected virtue, role, outcome, causal, capacity and liability responsibility (Vincent). Such classification gives an opportunity to better realize the possible ways of influence of degree of responsibility on a level and maintenance of punishment as a result of estimation of certain actions.

The analysis of foreign philosophical-legal conceptions of responsibility and punishment testifies to distinction of going near this question. The row of researchers accent attention on the morally-ethicside of his decision (Ricouer), considering that punishment must carry legal maintenance. The representatives of English-American school in philosophy of law defend the retributivist conception of punishment (Boonin, Duff), essence of that consists of understanding of punishment as the deserved retribution for the committed criminal offences, marking the presence of many marking the presence of many variants of its displays (DeGirolami) Examining the features of display of this conception of punishment, they underline – the necessity of «wide» interpretation of guilt of offender for committed (Husak), and also underline the necessity of transference of realization of punishment from criminal in a social plane (White), arguing it by the features of the economic state of world community, in which responsibility is set both for crimes against life and human and citizen rights and against the economic state of personality and society.

Key words: responsibility, punishment, philosophical-legal conception, deserved retribution, interpretation of guilt, retributivism, virtue, capacity, liability.

Актуальність дослідження визначається сучасним станом розвитку світової цивілізації, який характеризується загостренням кризових ситуацій, наростанням загрози для людства зі сторони структур міжнародного тероризму, дії котрих ставлять перед собою мету застрашування населення та прагнення встановити новий світовий порядок на засадах примусу та насильства. Проблема теоретичного обґрунтування детермінації відповідальності та покарання політико-правовою та філософською науковою спільнотою дає можливість узагальнити як наявні у соціумі процеси, так і виробити магістральні шляхи вирішення наявних цивілізаційних проблем. Звернемо увагу на те, що впродовж періоду другої половини XX – початку XXI ст., застосовуючи різноманітні наукові методи, зарубіжні філософи та правознавці зуміли виробити специфічну концептуальну базу для аналізу важливих соціально-політичних та правових явищ.

Метою статті виступає аналіз філософсько-правових поглядів зарубіжних вчених на проблеми відповідальності та покарання у їх взаємодетермінованому вимірі.

Варто зазначити, що концептуальний аналіз філософсько-правових категорій відповідальності та покарання доволі широко представлений у вітчизняній філософсько-правовій науковій думці. Так, питання відповідальності у філософсько-правовому вимірі піднімаються у роботах О. І. Гарасиміва, Н. І. Гринчишин, В. К. Грищука, Ю. С. Мигаль, Н. А. Мясникової, Ю. С. Осокіної, В. В. Пітулей та ін. Проблемам покарання присвячені праці М. І. Бажанова, Г. О. Злобіна, Б. С. Никифорова, Н. Ф. Кузнецової, Н. Ю. Мельничук, М. О. Стручкова, С. В. Полубінської, М. Д. Шаргородського, О. Г. Фролової та ін. Слід зазначити, що ці дослідження носять здебільшого правознавчий характер, лише побічно торкаючись важливих філософсько-правових проблем, в них відсутній аналіз вирішення питань взаємозв'язку відповідальності і покарання сучасними зарубіжними філософами права.

Сучасні зарубіжні філософи приділяють чимало уваги питанням відповідальності. Так, наприклад, один із ведучих британських спеціалістів з філософії відповідальності, Г. Вільямс із Ланкастерського університету звертає увагу на те, що для людини відповідальність існує як у формі здібності, так і доброчинності, причому виявляє критерії, за якими особа набуває доброчинної відповідальності, акцентуючи увагу на її здатності виявляти ініціативність, здійснювати свої особисті рішення, усвідомлювати свої дії та помилки, відповідати на багаточисленні нормативні вимоги, що формуються соціумом [14, с. 459-469].

Важливою проблемою онтологічного визначення відповідальності можна вважати її класифікаційну характеристику, яка дає можливість зрозуміти ті сутнісні ознаки, що визначають місце та роль відповідальності у причинно-наслідкових зв'язках, що формуються у рамках встановлення правових відносин у соціумі. На нашу думку, варто звернути увагу на класифікацію відповідальності М. Флербе,

французького філософа, професора Паризького університету та Лондонської школи економіки та політичних наук. Він виділяє наступні різновиди відповідальності:

– контрольовану (responsibility by control), яку набуває особа за умови свого повного контролю за її обсягом;

– делеговану (responsibility by delegation), за умов якої суспільство вирішує не витрачати жодних засобів для набуття її індивідом. Делегована відповідальність може бути надана цілком незалежно від фактичного рівня контролю зі сторони індивіда [10, с. 684].

Класифікаційний принцип аналізу відповідальності застосовує і Н. Вінсент, професор філософії та права університету штату Джорджія (США). Вона виділяє наступні різновиди відповідальності:

– моральну (доброчесну, virtue), що відображає позитивні риси характеру, репутації та намірів особи та проявляється у формуванні зобов'язання чинити те, що вважається правильним;

– рольову (role), що фіксує необхідність пошуку правильного шляху до врівноваження цілого ряду суперечливих вимог, які пов'язані зі здійсненням різних видів поведінкової діяльності у рамках виконання зобов'язальних вимог правил хорошого тону;

– результативну (outcome), яка стверджує, що особі властиві різноманітні стани, в тому числі і ті, що заслуговують осуду;

– каузальну (causal), що наступає у результаті визначення особою наслідків своїх дій;

– здатнісну (capacity), яка полягає у встановленні меж, що повинні бути досягнутими напередодні набуття особою відповідальності у повному сенсі і фіксувати її можливості, враховуючи як розумові здібності людини, так і нементальні (наприклад, фізичний) стани;

– зобов'язальну (liability), котра фіксує умови набуття особою відповідальності, а також розглядає фінансові зобов'язання та визначає те, яким чином повинна бути трактована особа в умовах наведення належного порядку [5, с. 16-19].

В свою чергу класик західноєвропейської філософсько-правової думки другої половини XX ст., французький філософ П. Рікер, ввів у класифікаційну систему відповідальності поняття минулої (ретроспективної), наявної та майбутньої (перспективної). Така часова класифікація, на нашу думку, по-перше, може бути пов'язана із характерною для нього герменевтичною системою пояснення сущого, коли нарративний хід аналізу об'єктивно вимагає застосовувати просторово-часові параметри, так і, по-друге, бажанням виявляти причинно-наслідкові зв'язки правових явищ у їх часовому контексті, особливо, коли мова йде про філософське осмислення поняття покарання як закономірного результату вияву відповідальності людини та суспільства.

Один із сучасних дослідників філософських проблем формування та функціонування відповідальності особистості професор Прінстонського університету, Ф. Петті, формулює основні тези своєї теорії відповідальності, які зводить до наступних положень:

а) набуття особою відповідальності за щось не може одночасно бути виявом її відповідальності за раніше вчинені дії;

б) набуваючи відповідальності, особа стає підзвітною, ідентифікує себе як така, що володіє певними можливостями, при цьому її підзвітність не залежить від тих факторів, на підставі яких вона набуває відповідальності за скоєні дії;

в) процес набуття особою відповідальності докорінно відрізняється від самого факту усвідомлення нею себе відповідальною [6, с. 173].

Філософський аналіз об'єктивної сторони відповідальності стосується проблем встановлення ступеню персонального обов'язку людини, потрактованого як специфічне поле дії відповідальності. Базовою ж особливістю людської спільноти виступає її здатність бути розподіленою між людьми. Відмітимо також, що все те, що стосується проблем минулої (ретроспективної) відповідальності, у філософсько-правовій думці розглядається як різновид передбачуваної відповідальності, що включає розуміння здійснення людиною специфічних обов'язків. Про проблеми ретроспективної відповідальності П. Рікер зазначає: «…Поняття відповідальності має також одне із своїх облич, звернене у минуле, а саме таким чином, як воно імплікує прийняття нами минулого, що нас афектує, не вимагаючи того, аби воно було цілковито нашим витвором, а лише щоб ми сприймали його як наше» [3, с. 352].

У подальшому філософ таким чином розгортає свій дискурс: «Обидва сприйняття відповідальності, і перспективне, і ретроспективне, поєднуються між собою і перекривають одне одне у визначення відповідальності у теперішньому» [3, с. 353]. Дана теза виступає яскравим прикладом філософського осмислення діалектики ретроспективної, наявної та передбачуваної відповідальності особи.

Можна погодитись з думкою П. Рікера, висловленою стосовно феномену відповідальності: «Дивно, що такий стійкий у юридичному плані термін має вигляд настільки свіжий, – а й досі не існує його чіткого опису у філософській традиції» [2, с. 42]. Цим самим він начебто формулює завдання своїх філософських роздумів – проаналізувати відповідальність як явище суто філософське, світоглядне та раціональне, що існує у характерній для нього герменевтичній традиції XX ст.

У П. Рікера відповідальність існує у рамках наявних суб'єктно-об'єктних відносин, за умови, що домінуючу роль у них відіграє властиво людина, якій надаються особливі функції. Він чітко проводить лінію на констатацію єдності сутнісних характеристик суб'єкта та ідеї тотожності основних агентів процесу формування відповідальності. Він твердить: «Відповідальність, зазначимо ми тепер, – це приписування дій провіднику за умов етичних і моральних предикатів, які кваліфікують дію як добру, справедливу, відповідну до обов'язку, вчинену з обов'язку і, нарешті, як таку, що є наймудрішою у випадку конфліктної ситуації» [3, с. 349]. Тут ми можемо констатувати той факт, що чітко прослідковується вплив на філософа феноменологічної філософської традиції, починаючи від Е. Гуссерля, дослідником праць якого він був.

Одним із перших ввів ідею покарання у систему філософсько-правових доводів зарубіжної філософської думки другої половини XX ст. представник американської політичної філософії Дж. Ролз. Оскільки основною проблемою його концепту виступала справедливість, остільки безумовно він не міг оминути аналізу того, що фактично завершує процес встановлення справедливості як важливого явища демократичного суспільства. Він зазначав, що «ми потребуємо витлумачення карних санкцій, хоч би якими обмеженими вони були навіть для ідеальної теорії», що «принцип відповідальності не засновується на ідеї, що покарання є первісно ретрибутивним чи обвинувальним» [4, с. 334].

Проблеми сутнісної сторони покарання як процесуальної складової права піднімались і П. Рікером. Його світоглядна позиція у післявоєнній Європі характеризувалась чітким моральним спрямуванням, витоки якого можуть знаходитись у суб'єктивному проживанні тих трагічних для людства часів періоду Другої світової війни, коли питання злочину та покарання ставали надзвичайно актуальними. Саме тоді очевидно формувалась його позиція стосовно того, що покарання не можна розглядати як сліпу помсту, встановлення т. зв. «віндикативної» (відплатної) справедливості. П. Рікер відкидає традиції тих давніх часів, коли покарання вчинялось за принципом «око за око» чи «зуб за зуб», формулюючи свою власну концепцію, яка своєрідно увібрала всі суто філософські традиції, методи

та прийоми тлумачення, що були йому властиві. «Слово «справедливість» не повинно фігурувати в жодному визначенні відомщення, за винятком архаїчного і сакрального сенсу почасти індикативної справедливості, з якою треба рахуватись в останній інстанції, – зазначав він. – Тепер же ми маємо справу з елементарною формою даної емоційної помсти, яка призводить до зведення кари до категорій самого злочину» [2, с. 191].

П. Рікер ніколи не відкидав тези про те, що думка про мстивість покарання має право на своє існування, а правосуддя у своїй найпоміркованішій та найлегітимнішій формі виступає способом відповідати злом на зло. «Покарання, за самою своєю суттю, здійснює перший розкол у етиці любові, – зазначав він, – воно нехтує прощення, воно чинить опір злу, воно інституює стосунки, не оперті на взаємність; одне слово, короткій дорозі, «безпосередності» любові воно протиставляє довгу дорогу «опосередкування», примусового виховання людського роду» [3, с. 255]. Проте, знаходячись на позиціях морального філософа, для якого моральні норми та принципи мають велике значення у формуванні світоглядної позиції, вчений у своїх філософсько-правових працях намагається витравити мстивість та злість із самого концепту покарання.

Для визначення свого погляду на природу покарання П. Рікер використовує критичний аналіз кримінально-процесуальної практики, особливо того, що стосується завершального етапу встановлення істини в процесі здійснення правосуддя. При цьому він вважає, що судовий процес своїм змістом має виявлення взаємостосунків та взаємовідносин таких діянь як злочин та покарання. Тут філософом використовується термін т. зв. «справедливої дистанції», що, на його думку, повинна встановлюватись «між дією, яка викликає особистий чи громадський осуд, і покаранням, здійснюваним юридичною установою» [2, с. 191]. Твердження про встановлення такого роду справедливості протиставляється тезі про необхідність встановлення справедливості на рівні помсти за певні дії, а сам П. Рікер заперечує будь-який прояв самосуду, самочинної розправи навіть з очевидним злочинцем, і саме тут підкреслює, що покарання фактично встановлює іще одну дистанцію – між звинуваченим та його жертвою.

Філософ стверджував, що покарання повинно виражати не стільки і не тільки помсту, а, в першу чергу, – право. Для посилення своєї моралізаторської позиції він вводить поняття «безстороннього третього», під яким розуміє «інститут держави, відмінний від громадянського суспільства і в цій якості обумовлюючий легітимну форму насильства» [2, с. 192]. Покарання, перш за все, визначає місце злочину в ієрархії злочинів, а не чинить помсту злочинцю. «Покликання законів полягає, з одного боку, у визначенні допустимого, а, з другого боку, – у визначенні пропорції між злочином і покарою, – зазначав П. Рікер. – Перше із цих призначень сприяє дистанціюванню від насильства, роблячи можливим визначення меж допустимого у щонайбільш однозначний спосіб» [2, с. 193].

П. Рікер доволі обґрунтовано відстоює свою позицію, вважаючи психо-лінгвістичну сутність судового процесу важливішою за сам об'єкт, що знаходиться у центрі його зацікавлень, в черговий раз підкреслює моральну спрямованість своїх висновків, прагнучи заперечити висловлення покарання як ствердження помсти. Філософ говорив, що даний процес виступає правовим перетворення насильства шляхом перенесення його у простір слова та мови. Таким чином мотивує він свої тези: «…Слово, яким виголошується право, демонструє свої численні ефекти: воно унеможливлює невпевненість; воно приписує сторонам процесу місця, які визначають справедливу дистанцію між помстою і справедливістю; нарешті. І це напевне слід визначити особливо – воно постає активним учасником процесу тих самих осіб, які припустилися порушень закону і будуть покарані» [2, с. 194]. І «саме в цьому ефекті полягає й найважливіша відповідь справедливого суду на насильство. У цій відповіді знаходить своє завершення припинення помсти» [2, с. 194].

У даному випадку ми зустрічаємось із спробою застосування герменевтичної філософської парадигми для підтвердження філософсько-правових висновків. Не можна не помітити, що формування доводів філософа стосовно правових явищ здійснюється відповідно до тих концептуальних положень, які викладені у його хрестоматійних роботах та виявляють його як представника школи феноменологічної герменевтики. Він підтримує тезу про т. зв. «семантичну інновацію», яка «виникає виключно на рівні дискурсу, тобто на рівні мовних актів, рівних фразі або перевершуючи її» [4, с. 7].

П. Рікер розумів покарання як своєрідну перемогу над насильством, в результаті чого формуються умови для реабілітації покараної особи. Він відзначав, що в міру розвитку людської цивілізації змінюється кількість насильства у покаранні, а засуджені отримують більше прав. Покарання ставить людину поза суспільством, в той же час засудженому потрібно повернутись у суспільство. І у цьому випадку П. Рікер звертав увагу на процес реабілітації як продовження процесу після проголошення вироку як вияву покарання. Зазначаючи, що оголошення суспільством одних жертвами, а інших – винними, він вважав, що це «визнання може стосуватись інтимного аспекту, зачіпаючи самоповагу» [2, с. 196], і таким чином знову звертав увагу на моральну сторону покарання, яке повинно оберігати сутність людської екзистенції, не призводити до повної руйнації її єства.

Таким чином, можна зробити висновок, що рікерівське розуміння покарання як вияву суб'єктивного у людині і як елементу правової системи у рамках кримінального процесу базується на чітких моралізаторських принципах, в основі котрих виступає повага людської екзистенції, її гідності, ствердженні права звинуваченої особи на реабілітацію, амністію та прощення.

Відомі представники сучасної зарубіжної філософсько-правової думки, Е. Дафф та Д. Гарланд ще у середині 90-х. рр. XX ст. зазначали, що успішний аналіз систем покарання можливий лише за умов акценту на «робочі соціальні категорії» та інституційну практику, а такий підхід повинен бути обґрунтований адекватним розумінням нормативних теорій права. Таким чином вони актуалізували питання про необхідність формування категорій, принципів, методики покарання у сучасній суспільній практиці [1].

Згодом відомий американський філософ права, дослідник проблем покарання, професор Д. Бунін, назвав основні вимоги до визначення поняття покарання та сформулював основні критерії його визначення, привів ознаки, наявність котрих дає можливість всебічно та ґрунтовно підійти до аналізу даного виду діяльності.

По-перше, він пропонує відмежовувати факти, які є свідченнями каральної практики, від тих, які такими не являються. Дане визначення повинно містити набір необхідних та достатніх положень, які очевидно відділяють випадки покарання від інших дій особи. Висновки, що випливають із такого роду розмежування «повинні бути достатньо міцно пов'язані із тим, що ми розуміємо під покаранням, і коли ми обговорюємо його, мусимо підкреслювати це твердження достатньо часто» [6, с. 5].

По-друге, важливим критерієм покарання є прозорість у його накладанні та здійсненні. Відстоюючи принцип детермінізму, Д. Бунін звертає увагу на те, що його використання сприяє виявленню особливостей проявів системи покарання у суспільній практиці.

І, по-третє, він вважає, що при характеристиці покарання слід дотримуватись принципів визначення моральної допустимості покарання.

Е. Дафф зумів здійснити всебічний аналіз основних принципів ретрибутивної теорії покарання, серед яких

особливе значення він надавав застосуванню ідеї «заслуги» (desert). Тут він звертав увагу на потребу фіксації зв'язків між злочином у минулому та покаранням у сучасному. Причому такі причино-наслідкові стосунки даних правових реалій зводились до виявлення взаємовідносин «вини» та «страждання», особливе значення у яких відіграє саме теза про «заслугу» як таку, що поєднує почуття вини та страждання, а державу уповноважує на практиці накладати на винних у злочинах страждання [8, с. 21].

Характеристику такої ретрибутивістської концепції покарання дає у своїй роботі і Д. Бунін. Він звертає увагу на те, що подібні погляди очевидно звернені у минуле, оскільки стверджують, що здійснення агресивних дій у минулому достатньо для реального виправдання покарання, не дивлячись на те, до яких наслідків воно призведе у майбутньому. Таким чином, ми можемо бачити, що дана концепція аргіогі вважається такою, що відкидає консеквенціональну ідею як нездатну виявити сутність каральної практики у суспільстві. Він відзначає наявність двох аспектів ретрибутивістської концепції покарання. Перший визначається специфічною оцінкою особливих проявів та змін і звернений у напрямку встановлення більш загальних принципів ретрибутивної юстиції. Другий же розпочинається від загальніших принципів, прав або справедливості і виводить із цього специфічний принцип необхідності караючого правосуддя. «Найбільш цілеспрямованою версією ретрибутивістського підходу до вирішення проблеми покарання є та, що базується на концепції заслуги (desert): покарання особи за порушення закону морально дозволено, тому що така особа заслуговує бути покараною, – говорить Д. Бунін. – Базована на ідеї заслуги вимога, що твердить про моральну дозволеність державі карати осіб за порушення закону може бути найкраще зрозумілим як аргумент у специфічних випадках» [6, с. 86].

Один із дослідників розглядуваної нами проблеми, американський філософ права М. де Джіроламі, відзначає поліваріантність теорій покарання. З однієї сторони, це свідчить про широкий спектр питань, котрі вирішуються у рамках формулювання цих концептуальних положень та дозволяють відобразити численні прояви емпіричної правової практики. Але, з іншої, що помічає вчений, – ми стаємо свідками відсутності вироблення єдиного більшменш цільного бачення проблеми у межах взаємовідносин та взаємозв'язку таких понять як «злочин» та «заслужене покарання». «Теорія покарання стає запаморочливо заплутаною, – пише М. де Джіроламі. – Маса софістичних відмінностей переважає у дискусіях навколо призначень покарання. На стороні «заслуги» у своєрідному гросбуху знаходяться етичний ретрибутивізм, комунікативно-спокутний ретрибутивізм, теорії захисту жертви, етика доброчесності, ретрибутивізм помсти, ресторативізм і реституціонізм» [7, с. 707].

Оцінюючи особливості, принципи та методи ретрибутивістської теорії покарання у рамках визначення т. зв. «широкої» вини та метафорично трактуючи цю теорію як своєрідну «мрію», американський філософ права, професор Д. Гусак, також відстоює право на існування у теорії покарання ідеї «заслуги» (desert). «Я розумію ретрибутивізм як загальну назву найширшої традиції чи групи теорій, які розглядають заслугу як центральну ідею, що повинна бути проаналізована та зафіксована у спробах виправдати покарання і кримінальне право, яке дозволяє здійснювати його, – заявляє він. – Філософ права не може бути визнаний ретрибутивістом, якщо він ігнорує роль заслуги в цілому чи присуджує їй лише другорядну роль у своєму логічному обґрунтуванні кримінального права та каральних санкцій» [11, с. 450].

Слід зазначити, що суть здійснення покарання із суто кримінальної переходить у загальносоціальну, фіксуючи важливі проблеми сучасного стану людської цивілізації, коли відповідальність встановлюється не лише за злочини, здійснені проти життя та прав людини та громадянина, але і проти економічного стану особи чи соціального організму в цілому. Саме тому не можна не помітити, що проблеми цієї правової практики у рамках соціально-економічних умов розвитку суспільства починають зацікавлювати і сучасних економістів. Так, наприклад, один із них, американський вчений М. Уайт, у редагованій ним колективній праці «Теоретичні основи права та економіки» звертає увагу на ці проблеми. Він аналізує консеквенціальну сторону економічного покарання, яка передбачає визначення величини нанесеної злочином матеріальної шкоди, тобто піднімає питання встановлення причинно-наслідкових зв'язків у здійсненні каральної практики. Одначе, разом із цим М. Уайт визнає право на існування на стику юриспруденції та економіки і ретрибутивної концепції покарання. Він відзначає її альтернативність, але вважає, що вона має «деонтологічну складову, яка трактує покарання злочинців як сутність здійснення правосуддя або права особи, заснованих на принципах заслуги чи вини» [13, с. 253].

На основі вищеприведеного можна зробити переконливий висновок про наявність очевидної взаємодетермінації відповідальності та покарання, що становить предмет зацікавлення сучасних зарубіжних філософсько-правових парадигм, спрямованих на вироблення теоретичного обґрунтування як пенальної, пов'язаної із системою реалізації покарання, так і загальноправової діяльності сучасного соціуму.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гарланд Д. Размышления о наказании / Д. Гарланд, Э. Дафф // Досье на цензуру : Евроремонт Гулага. – 2003. – № 18(23). – С. 227–250.

2. Рікер П. Право і справедливість / П. Рікер ; пер. О. Сирцова, В. Каденко. – К. : Дух і літера, 2002. – 216 с.

3. Рікер П. Сам як інший / П. Рікер ; пер. В. Андрушко, О. Сирцова. – 2 вид. – К. : Дух і Літера : Центр європейських гуманітарних досліджень Національного університету «Києво-Могилянська академія», 2002. – 456 с.

4. Рикёр П. Время и рассказ / П. Рикёр. – М. ; СПб. : Университетская книга, 1998. – Т. 1. Интрига и исторический рассказ. – 313 с.

5. Beyond Free Will and Determinism. Series : Library of Ethics and Applied Philosophy. – 2011. – P. 95–116.

6. Boonin D. The Problem of Punishment / D. Boonin. – New York : Cambridge University Press, 2008. – 299 p.

7. De Girolami M. Against Theories of Punishment : The Thought of Sir James Fitzjames Stephens / M. De Girolami // Ohio State Journal of Criminal Law. – 2012. – Vol. 9.2. – P. 699–748.

8. Duff R. A. Punishment, Communication and Community / R. A. Duff. – New York : Oxford University Press, 2001. – 245 p.

9. Duff A. Legal Punishment / A. Duff // The Stanford Encyclopedia of Philosophy ed. Edward N. Zalta [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment,2008.

10. Fleurbaey M. Equality and responsibility / M. Fleurbaey // European economic review. – 1995. – P. 683–689.

11. Husak D. «Broad» Culpability and the Retributivist Dream / D. Husak // Ohio State Journal of Criminal Law. – 2012. – Vol 9.2. – P. 449–485.

12. Pettit P. Responsibility Incorporated / P. Pettit // Ethics 117 (January 2007). – P. 171–201.

13. White M. Retributivism in a World of Scarcity / M. White // Theoretical Foundations of Law and Economic / Ed. by Mark D. White, Cambridge University Press. – 2009. – 304 p.

14. Williams G. Responsibility as a Virtue / G. Williams // Ethical Theory and Moral Practice. – 2008. – № 11. – P. 455–470.

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

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 3, 2016

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2016