

11
2010 (179)

Щомісячний науково-практичний
юридичний журнал
видається з 1 січня 1996 р.

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА НАПрН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНИЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

БЕЛЯНЕВИЧ О.
ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЕЦОВА Н.
ЛУКЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНІК Р.
МАМУТОВ В.
МАХІНЧУК В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
ПОГРІБНИЙ О.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Роман Мельник Системний підхід у правознавстві	3
Володимир Канцір Наукознавча інтерпретація тероризму як системно-соціального явища	7
Лідія Шкварок Вираження волі та волевиявлення при укладенні правового договору	10
Ірина Жаровська Ефективність державної влади	14
Валерія Осташова Аналіз мотивів правового самовиховання студентської молоді: теоретичний і практичний аспекти	18
Георгій Зубко Поняття суб'єкта маргінальної поведінки	23
Правомир Косянчук Полісемія правної відповідальності відносно санкції	26
Олександра Нестерцова-Собакарь Українські жінки як суб'єкти службово-трудових правовідносин (друга половина XIX – початок XX ст.)	30
Ігор Оксенчук Історія формування законодавства про участь прокурора у цивільному процесі до 1917 р.	35

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Тетяна Подорожна Дефінітивна специфіка Конституції як Основного Закону держави	39
Андрій Медвідь Щодо встановлення оптимального кількісного складу тимчасових слідчих комісій Верховної Ради України	43

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Ярослав Гудов Співробітництво України й Європейського Союзу в галузі митної справи	45
Юрій Попов Рішення Європейського суду з прав людини як переконливий прецедент: досвід Англії й України	49

АКТУАЛЬНИЙ КОМЕНТАР

Ірина Діковська Способи вирішення спорів про відповідальність за Конвенцією про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень, підписаною у Монреалі 28.05.1999 р.	53
---	----

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Светлана Грудницькая Економіко-правовая сутність и понятие предприятия на современном этапе	57
Людмила Микитенко Деякі питання гармонізації законодавства України із законодавством ЄС про рекламу	62
Свєтєлія Коломієць-Людвіг Класифікація злиття та поглинання за критеріями, що мають юридичне значення	67
Александр Хримли К вопросу о понятии защиты прав субъектов предпринимательства в судебном порядке	71

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО. ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО	
<i>Віталій Печуляк</i>	
Лісове право: проблемні питання, місця та ролі у системі права України	74
<i>Діана Бусуйок</i>	
Поняття державного земельного кадастру	78
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО. ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО	
<i>Юлія Мельниченко</i>	
Особливості кваліфікації неправомірного використання кваліфікованого зазначення походження товарів	81
<i>Богдан Магідін</i>	
Обмеження свободи договору, укладеного за участю військової частини	85
<i>Тетяна Косарева</i>	
Проблеми інституту судових викликів і повідомлень, що лежать у сфері процесуального закріплення їх змісту в нормах Цивільного процесуального кодексу України	89
<i>Ірина Турчин-Кукаріна</i>	
Співвідношення оціночних понять і оціночних суджень у цивільному процесуальному праві	93
<i>Світлана Ястрембська</i>	
До проблеми законодавчого закріплення поняття «зловживання процесуальними правами»	97
<i>Альона Покачалова</i>	
Сутність забезпечувального інтересу як правова категорія	101
ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	
<i>Алла Куца</i>	
Основоположні норми та правила соціального захисту осіб із функціональними обмеженнями	105
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ	
<i>Костянтин Задоя</i>	
Юридична природа трансформації злочинної поведінки та правила її кваліфікації	109
<i>Євген Письменський</i>	
Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким: проблеми тлумачення, практика застосування та вдосконалення кримінального законодавства	113
<i>Інна Берднік</i>	
Проблемні питання призначення покарання за фальсифікацію виборчих документів і документів референдуму	118
<i>Вікторія Руфанова</i>	
Детермінація злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України	122
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА	
<i>Леонід Брусицький</i>	
Обеспечение безопасности участников уголовного процесса: анализ Уголовно-процессуального кодекса Беларуси, России и Украины	126
<i>Василь Вовк</i>	
Повноваження дізнавача органів безпеки в кримінальному процесі й їх відмінність від повноважень начальника органу дізнання та слідчого	132
<i>Іван Зарева</i>	
Забезпечення права на оскарження дій і рішень у кримінальному процесі	135
<i>Петро Кучевський</i>	
Конституційний принцип забезпечення права на правову допомогу – основа участі адвоката у захисті прав і законних інтересів учасників кримінального процесу	138
<i>Олег Нарійчук</i>	
Об'єктивна істина як мета доказування у кримінальному процесі України	141
<i>Ігор Паризький</i>	
Передумови та критерії допустимості використання компромісів для вирішення конфліктів на досудових стадіях кримінального судочинства	143
<i>Володимир Корсун</i>	
Про участь суду у збиранні доказів при розгляді кримінальної справи в першій інстанції	146
<i>Андрій Крижевський</i>	
Криміналістична характеристика шахрайств у сфері мобільного зв'язку	150
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО	
<i>Вікторія Белевцева</i>	
Удосконалення адміністративного законодавства з питань режимної діяльності	153
<i>Олена Джафарова</i>	
До питання про визначення предмета дозвільної діяльності у сфері економічної безпеки	157
<i>Руслан Гонін</i>	
Виконання судових рішень як складова адміністративного процесу	161
<i>Ольга Дьоміна</i>	
Місце вилучення речей і документів як заходу адміністративно-процесуального примусу в адміністративному примусі й адміністративному процесі	165
<i>Юрій Ровинський</i>	
Позитивний аспект фінансово-правової відповідальності	169
<i>Олена Погорелова</i>	
Місце та роль спору серед юридичних гарантій захисту прав платників податків	173
<i>Роман Якубовський</i>	
Особливості бюджетного фінансування освіти	177
<i>Катерина Полетило</i>	
Європейська конвенція про судовий захист інформаційних прав і свобод людини	181

СИСТЕМНИЙ ПІДХІД У ПРАВОЗНАВСТВІ

Роман Мельник,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник,
докторант Харківського національного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена вивченню сутності системного підходу як загальнонаукового методу пізнання та доведенню необхідності його використання у правознавстві; аналізується також процес становлення системного підходу, з'ясовуються ознаки терміна «система», а також наводиться його визначення, формуються можливості системного підходу у правовій науці.

Ключові слова: системний підхід, система, право, правознавство.

Нині перед правовою наукою поставили досить складні завдання, пов'язані із розробленням вже не теоретичних, а практичних механізмів реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина, які, як випливає із ч. 2 ст. 3 Конституції України, визначають зміст і спрямованість діяльності держави. На попередніх етапах розвитку вітчизняної правової науки вченими-правознавцями були доктринально вивчені практично всі правові категорії й явища – право, правовідносини, правова норма, правосвідомість, праворозуміння тощо. Основна мета цих досліджень – закласти необхідні науково-теоретичні засади для нормотворчої та правозастосовної діяльності, спрямованої в усіх її можливих проявах на гарантування прав, свобод і законних інтересів приватних осіб. Іншими словами, правова наука мала сприяти поясненню та вирішенню суто практичних питань, що виникали та продовжують виникати в юридичній площині функціонування держави і суспільства. Чи вдалося правовій науці досягти цієї мети? На це питання хотілося б відповісти «так», проте таку відповідь з огляду на стан дотримання прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина у нашій державі, навряд чи можна визнати обґрунтованою. Тому візьмемо сміливість констатувати, що правова наука певною мірою сьогодні не виконує свого соціального призначення: досліджує не ті питання, що реально постають на порядку денному або робить це не так, як належить. Цілком очевидним є припущення, що існуючі нині у науці, у тому числі правовій, проблеми можуть бути вирішені лише за допомогою нового інструментарію. Концептуальний каркас, на який успішно спиралася правова наука тривалий час, усе частіше не спрацьовує, зокрема, через свою неадекватність сучасним завданням, навіть їх постановці. Такий стан справ над-

звичайно актуалізує питання про коригування методології правових досліджень.

Аналіз сучасних наукових розробок свідчить, що питання методології проведення наукових досліджень обговорюються на сторінках вітчизняної та зарубіжної наукової літератури, але вони не є першочерговими у переліку актуальних наукових тем. Це можна пояснити різними причинами, зокрема тим, що подібні дослідження мають провадитися на міждисциплінарному рівні, із залученням ресурсів не лише правової теорії, а й філософії, соціології, логіки, деяких точних наук. І хоча це доволі складна робота, однак саме за такими міждисциплінарними дослідженнями майбутнє, саме вони, а не їх «галузеві попередники», зможуть дати гідну відповідь викликам сьогодення.

Намагаючись долучитися до міждисциплінарного руху у правознавстві та роблячи у цій сфері перші власні розвідки, ми спробуємо довести значимість системного підходу як загальнонаукового методу пізнання для правової науки, сформулювати позитивні моменти, якими пояснюється необхідність його більш широкого застосування у правознавстві. Це й є **метою нашої статті**, для досягнення якої необхідно вирішити такі завдання: з'ясувати сутність системного підходу; визначитись із змістом терміна «система»; перенести зроблені висновки у площину правової теорії.

Інтенсивні розробки системного підходу розпочалися лише у середині XX ст., хоча сам термін «система» (грец. «systema» – складене з частин, сполучене) вживається ще у працях Канта, який розумів систему як єдність багатоманітних знань, об'єднаних однією ідеєю [1, с. 34]. Проте, незважаючи на це, найбільш поширеною є думка, що теорія системи у її цілісному вигляді започаткована Л. фон Бергаланфі у 20–30-х роках XX ст. і викладена ним у більш-менш завершеному

вигляді у другій половині 40-х років [2; 3]. Необхідність її розроблення була зумовлена потребою розв'язання проблем організованої складності, тобто взаємодії великого, але не безкінечного числа перемінних, що могло бути досягнуто лише через запровадження нових понятійних засобів для свого вирішення [4].

У 50–70-ті роки XX ст. запропоновано низку нових підходів до побудови загальної теорії систем такими вченими, як М. Месарович, Л. Заде, Р. Акоф, Дж. Клір, О. Уємов, Ю. Урманцев, Р. Калман, С. Бир та ін. Однак, незважаючи на чималу кількість як зарубіжних, так і вітчизняних учених, які займалися системними дослідженнями, дотепер єдиного розуміння системи не вироблено. З цього приводу заслуговує на увагу думка, що існуючі нині розбіжності щодо сутності поняття «система» та його значення в пізнанні досить суттєво впливають на розвиток науки, гальмуючи її [1, с. 27]. Іншими словами, для сучасної науки, її окремих сфер все ще залишається актуальним питання про сутність і зміст категорії «система», тобто найважливішого засобу «переборення» нескінченної складності світу, його раціонального освоєння [5].

Однією із ключових проблем у напрямі осягнення цієї категорії є окреслення її ознак і формулювання на їх підставі визначення терміна. У науковій літературі основними ознаками системи визначені [1, с. 44; 3; 5; 6, с. 6–7; 7; 8, с. 185–186]:

- цілісність, принципова неможливість ототожнення якостей системи з сумою якостей елементів, що її складають, неможливість виводити із останніх якості цілого;
- залежність кожного елемента, якості та відносин системи від його місця, функцій усередині цілого;
- наявність специфічних взаємозв'язків між вихідними компонентами системи;
- структурність. Можливість опису системи через встановлення її структури, тобто комплексу зв'язків і відносин системи, зумовленість поведінки системи не стільки поведінкою її окремих елементів, скільки її структурою;
- взаємозалежність системи і середовища. Система формує та виявляє свої якості у процесі взаємодії із середовищем;
- ієрархічність. Кожний компонент системи, у свою чергу, може розглядатись як система, а досліджувана у даному випадку система є одним із компонентів більш широкої системи;
- множина описів кожної системи;
- суперечливий характер системи. З одного боку, у силу абстрактності її визначення як не пустої чисельності елементів, використання його у конкретно-науковому досліджен-

ні ускладнено; з іншого – саме абстрактний та універсальний характер цього поняття дозволяє застосувати його до виключно широкого класу явищ і об'єктів незалежно від їх природи та специфіки;

- самовизначеність, самодетермінація набору властивостей системи, яка входить у закономірність.

З огляду на перелічені ознаки системи, які окремі автори намагаються покласти у підґрунтя її дефінізації, що, власне, і пояснює наявність значного числа варіантів визначення системи, підтримаємо думку, що немає особливого сенсу у намаганні визначити те або інше поняття через максимальну кількість ознак, оскільки, з одного боку, поняття буде завжди ширшим за свої ознаки, а з іншого – повнота визначення означає ясність і достатність ознак, яких має наводитися не більше, ніж потрібно для повного поняття [9, с. 6].

Ми поділяємо думку науковців, які концентрують свою увагу на найбільш визначальних ознаках поняття «система», називаючи такими цілісний комплекс відмежованих, взаємопов'язаних елементів системи, пов'язаність системи із середовищем, ієрархічність системи [10, с. 159]. Поєднуючи зазначені ознаки системи, можна зробити висновки, що **система** – це цілісний комплекс відмежованих, взаємопов'язаних і взаємодіючих один з одним елементів, який утворює особливу єдність із середовищем та є одночасно елементом системи більш високого порядку.

Виходячи із наведеного визначення, можна стверджувати, що системний підхід орієнтує на те, щоб відобразити багатоякісність, багатоструктурність досліджуваних об'єктів шляхом їх різного системного представлення. Він дає можливість виявити закономірності виникнення та функціонування системи, її подальшу еволюцію, основні тенденції розвитку.

Системний підхід обґрунтовано визнається загальнонауковим методом наукового пізнання, придатним для дослідження будь-яких систем. Цілком очевидно, що системний підхід не обмежується матеріальними єдностями у фізиці, біології, інших природничих науках і може бути застосований також до єдностей, які є частково нематеріальними та вельми гетерогенними [9, с. 4].

Свідченням можливостей застосування системного підходу у правознавстві є досить значна кількість відповідних наукових досліджень, автори яких оперують системними категоріями. Тому зосередимося на з'ясуванні значення системного підходу для правової науки, а також ставленні вчених-правознавців до поняття «система».

Спроби використання вітчизняними науковцями системного підходу як засобу вирішення проблем правової науки почали робитися більш-менш активно у 70-х роках ХХ ст., із часом набували все більшого поширення. Адже вчені-правознавці дійшли цілком правильного висновку, що системний підхід є надзвичайно ефективним під час аналізу складних динамічних об'єктів, які володіють багатоякісністю, багатовимірністю, багатоструктурністю, тобто тих, що мають декілька якісних визначеностей, специфічних ліній і закономірностей розвитку. Усіма цими ознаками, як ми розуміємо, володіє і право, а тому підхід до нього як до якісно однорідного об'єкта призводить до змішування його різнопорядкових елементів, до того, що ускладнюється виявлення зв'язків і взаємодії між ними, внаслідок чого елементи, властивості тощо вивчаються незалежно та поза зв'язком один з одним [11]. Типовим прикладом нехтування системним підходом у правознавстві є розгорнута на сторінках наукової літератури дискусія стосовно правової системи, до змісту якої пропонується ввести елементи, що є компонентами інших систем [6, с. 24]. Уникнути подібних помилок у правових дослідженнях можна саме шляхом більш широкого використання системного підходу.

Слід зазначити, що ідея можливості та доцільності використання системного підходу у правознавстві впроваджувалася досить важко, оскільки окремі вчені досить активно заперечували проти цього [12]. Проте з роками подібні думки стали скоріше винятком, ніж правилом. Наша позиція у цьому питанні така: можливо, системний підхід і його результати не створять «істинне» знання про право, проте сприятимуть формуванню всебічного знання про цей об'єкт, що, власне, й є ідеалом науки.

Вивчення відповідної літератури дозволяє сформулювати основні переваги системного підходу у порівнянні з іншими методами для правової науки. Наукові дослідження, в яких поєднується юридичний (правовий) інструментарій з філософськими уявленнями про систему, та тими, що використовуються у системному аналізі як загальнонауковому методі, дозволяють:

- розглядати право як складне, цілісне утворення, виявити його компоненти та стійкі зв'язки між ними;
- відкрити багатоплановий, різнорівневий підхід до права;
- виявити закономірності розвитку права;
- зрозуміти процес утворення права як системи шляхом виявлення відповідних системоутворюючих факторів;
- синтезувати накопичені правовою наукою знання про право, правові норми, пра-

вовідносини, правосвідомість, праворозуміння, інші правові явища;

- пізнати сукупність зв'язків, притаманних правовій матерії, зрозуміти глибину та складність юридичної форми суспільних відносин щодо правової цілісності;
- досягти впорядкованої та послідовної побудови знань про об'єкт дослідження – право;
- забезпечити відповідність структури знань про право його власній структурі.

Висловлюючись за необхідністю використання системного підходу у правознавстві, зокрема під час дослідження складних правових явищ, учені, однак, не завжди дотримуються власних закликів, обмежуючись лише констатацією важливості цього методу. Подібну ситуацію можна пояснити декількома причинами: складністю змісту системного підходу у тому числі системних категорій; відносною новизною та недостатньою розробленістю системного підходу у сфері правової науки; хибним розумінням базової категорії системного підходу – поняття «система». З приводу останнього зазначимо, що в правничій літературі, наприклад, є визначення системи як певного виду класифікації обсягу певного загального поняття за окремими диференціюючими ознаками [13].

З викладеного можна зробити висновок, що термін «система» часто-густо використовується у спрощеному вигляді, тобто без урахування його сутнісних характеристик. Результатом цього є накопичення великої кількості некваліфікованих і поверхових концепцій і теорій, які лише гальмують розвиток правової науки. Іншими словами, право, будучи системою, вивчається хоч і з використанням системної термінології (система права, структура права, структура галузі права тощо), але фактично – безсистемно. Йдеться про те, що термін «система» часто використовується лише для того, щоб показати складну побудову того або іншого явища (права, галузі права, законодавства тощо) та вивчити особливості його складових елементів. Проте за такого підходу за межами уваги дослідників залишаються найбільш принципові моменти, пов'язані з необхідністю з'ясування характеру зв'язків і відносин між елементами системи, а також вивчення нових властивостей системи, які не притаманні її елементам окремо.

Принциповим питанням є також і те, що пов'язано з визначенням готовності або неготовності тієї або іншої науки до використання як свого інструментарію системного підходу. Заслужовують на увагу міркування Л. Тіунової, яка вважає, що системне дослідження об'єкта має сенс лише на тому етапі, коли цей об'єкт вже вивчений конкретно-емпіричним шляхом, коли про нього накопичено знань

достатньо, щоб, абстрагуючись від окремого, представити його як організаційну цілісність [14, с. 11]. Чи достатньо сьогодні отриманих емпіричним та аналітичним шляхом знань про право? Певно що так, отже, шлях до використання нової методології у правознавстві відкритий.

Висновки

Системний підхід, базовою категорією якого є поняття «система», це надзвичайно перспективний метод вивчення правової дійсності, який може бути способом переходу до досліджень системного характеру, спрямованих на синтезування всіх знань про правові явища (правові норми, правовідносини, правосвідомість тощо), які накопичені протягом минулих етапів становлення та розвитку вітчизняної правової науки, до більш глибокого проникнення у закономірності розвитку та функціонування права, у тому числі його окремих галузей.

Література

1. Аверьянов А. Н. Системное познание мира: методол. проблемы. – М., 1985. – 263 с.
 2. Тонер М. М. «Общая теория систем» Л. фон Бергаланфи // Проблемы исследования систем и структур: Материалы конф. – М., 1965. – С. 49–52.
 3. Агошкова Е. Б., Ахлибинский Б. В. Эволюция понятия системы // Вопросы философии. – 1998. – № 7. – С. 170–179.
 4. Bertalanffy L. General System Theory – A Critical Review // General Systems. – 1962. – Vol. 7. – P. 1–20.
 5. Егоров Ю. Л., Хасанов М. Х. Система, структура, функция // Научные доклады высшей школы: Философ. науки. – 1978. – № 5. – С. 38–47.
 6. Вступ до теорії правових систем / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – 432 с.
 7. Калюшин П. М., Файзиев А. А. О понятии «система» // Философские науки. – 1981. – № 4. – С. 132–134.
 8. Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. – М., 1973. – 270 с.
 9. Ворончихин А. С. О понятиях «система», «элемент», «структура». – Ижевск, 1974. – 22 с.
 10. Диалектика познания сложных систем / Под ред. В. С. Тюттина. – М., 1988. – 316 с.
 11. Каск Л. И. Системный подход в познании государства и права // Известия вузов: Правоведение. – 1977. – № 4. – С. 31–40.
 12. Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Известия вузов: Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 65–68.
 13. Кнапп В. По поводу дискуссии о системе права // Советское государство и право. – 1957. – № 5. – С. 114–120.
 14. Тиунова Л. Б. Системные связи правовой действительности: методология и теория. – СПб., 1991. – 136 с.
- The article is devoted to the study of systematic approach essence as a scientific method of cognition and to proving of necessity of its using in jurisprudence. The process of systematic approach formation is considered. The features of the term «system» are cleared and its definition is presented. Possibilities of systematic approach in legal science are formulated.*
- Статья посвящена изучению сущности системного подхода как общенаучного метода познания и доказыванию необходимости его использования в правоведении; анализируется также процесс становления системного подхода, выясняются признаки термина «система», а также дается его определение, формулируются возможности системного подхода в правовой науке.*



НАУКОЗНАВЧА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ТЕРОРИЗМУ ЯК СИСТЕМНО-СОЦІАЛЬНОГО ЯВИЩА

Володимир Канцір,

канд. юрид. наук, доцент,
декан юридичного факультету
Львівської комерційної академії

У статті розглядається сучасний тероризм як багатоаспектне, складне, суперечливе соціальне явище, що ускладнює процес чіткого й однозначного формулювання цього поняття. Відомо більше сотні його дефініцій, однак жодна з них не може претендувати на відображення всієї повноти його суті, характеристик і мотивацій, форм і методів.

Ключові слова: тероризм, тотальний страх, насильницькі дії, злочинне втручання, психологія тероризму, агресивна поведінка, фрустрація, толерантність.

Нещодавно вступивши у XXI ст., людство змушене визнати, що надзвичайно гостра проблема тероризму так і не знайшла свого практичного вирішення. Якою б «благородною» не була мотивація, що покладена в основу терористичної діяльності, її суть апіорі зводиться до насильства, що перетворене злочинцями на інструмент залякування та примушування інших.

Вагомий вклад у теоретико-методологічне дослідження природи тероризму, сутності, особливостей, тенденцій розвитку терористичної діяльності внесли А. Граčov, А. Гупер, А. Данилевський, В. Вакулич, В. Замковий, К. Ільченков, І. Ільїнський, В. Кікоть, Є. Кожушко, В. Петрищев, К. Салімов, О. Шевченко та ін.

Мета цієї статті – аналіз окремих наукознавчих інтерпретацій тероризму, дослідження тероризму як системи використання насильства для досягнення політико-економічної цілі шляхом примусу державних органів, міжнародних і національних організацій, державних і громадських діячів, окремих громадян або їх груп до здійснення тих або інших дій на користь терористів.

Сучасних дефініцій тероризму налічується чимало, визначень – безліч. Такий стан речей для науки є закономірним процесом. Так, російський дослідник Ю. Авдєєв звертає увагу на те, що у світовій науці існує два основних підходи до визначення поняття «тероризм». Біологічний підхід пояснює це явище деякою «вродженою», «насильницькою» сутністю людини, «природним» прагненням людей загрожувати інтересам інших із використанням будь-яких доступних засобів для досягнення поставленої мети. Соціальний підхід щодо проявів тероризму виходить із розуміння того, що визначальне значення мають саме соціальні процеси. Йому надається перевага серед інших підходів для

пояснення природи та формулювання поняття тероризму [1, с. 37].

Офіційне визначення тероризму Державний департамент США, сформулював так: це завчасно обдумане, політично мотивоване насильство, що застосовується проти мішеней, які не беруть участі у воєнних діях (non-combatant targets) субнаціональними групами або підпільними державними агентами [2]. У даному трактуванні виділяється, насамперед, політична мотивація терору, що дозволяє зразу ж відокремити, наприклад, мафіозні «розборки», гангстерські війни, навіть якщо вони за характером застосовуваних у них методів боротьби нічим не відрізняються від політичних акцій, також груповий характер терористичної діяльності (якщо керується цим критерієм, то вбивця-одинак, який не входить у терористичну організацію, не підходить під визначення терориста).

ФБР, у свою чергу, розглядає тероризм як незаконне застосування сили або насильства стосовно осіб або власності, спрямоване на залякування або примушення уряду, цивільного населення або будь-якого суспільного сегмента заради досягнення політичних або соціальних змін.

Міністерство оборони США вбачає в тероризмі незаконне застосування сили за власною волею або під примусом стосовно осіб або власності з метою залякати (справити тиск на) уряд або суспільство, як правило, задля досягнення політичної, релігійної або ідеологічної мети.

Б. Хоффман пояснив розбіжності у наведених дефініціях пріоритетами кожного з цих органів влади. Для зовнішньополітичного відомства США основними ознаками тероризму є умисний або завчасно обдуманий характер дій терористів, їх безумовне обґрунтування політичною метою та субнаціональна характеристика терористичної організації, а Держдепартамент залишає поза увагою загрозу насильства, тобто психологічний аспект тероризму. Специфіка ФБР як

структури, покликаній розслідувати злочини, акцентує увагу на таких ознаках тероризму, як примушування та залякування. Таким чином, визначення, надане ФБР, визнає факт психологічного впливу на об'єкт насильства. При цьому подається широке тлумачення об'єктів терористичних акцій, до переліку яких, окрім уряду і громадян, віднесено державне та приватне майно. На відміну від дефініції, якою керується Департамент США, ФБР розширює список мети, додаючи до політичних змін ще й соціальні. Міноборони США трактує тероризм як насильство або загрозу його застосування відносно не лише уряду, а й суспільства в цілому. Разом із тим у дефініції, що розглядається, присутні три типи мети (політична, релігійна й ідеологічна), але випадає з поля зору соціальний аспект [3, с. 39–40].

Різні трактування поняття «тероризм» запропоновані знаними закордонними вченими. Так, спеціаліст з Ізраїлю Б. Ганор вважає, що тероризм – це інтенсивне застосування або загроза застосування насильства стосовно цивільних осіб або цивільних об'єктів з метою досягнення політичної мети [4, с. 9–10]. Суть цієї дефініції полягає в об'єднанні трьох ознак, без яких насильство не може бути кваліфіковане як тероризм: по-перше, насильницький акт або загроза його (психологічний фактор впливу на об'єкт); по-друге, мета теракту завжди і винятково носить політичний характер; по-третє, мішенями терористів виступають цивільні особи, що докорінно відрізняє тероризм від інших видів політичного насильства, наприклад партизанської війни.

Б. Хоффман стверджує, що будь-який відкритий вияв насильства, визнається суспільством як антисоціальне явище; не має значення чи здійснений він налаштованими проти уряду дисидентами або самим урядом, злочинними угрупованнями або окремими злочинними особами, натовпом, що вчиняє безпорядки або озброєними терористами, особами з психічними відхиленнями або вимагачами. Все це називається тероризмом [3, с. 6].

Відомий американський спеціаліст з міжнародного права професор Р. Фальк пропонує два визначення: «будь-який тип політичного насильства, що не має адекватного морального і юридичного виправдання, незалежно від того, хто до нього вдається – революційна група або уряд» і «політичний екстремізм, що вдається до насильства без розбору або до насильства стосовно невинних осіб» [5, с. 71].

На думку Р. Фалька, терорист, як правило, намагається використовувати насильство в символічному сенсі, щоб охопити мільйонну аудиторію. У 800 млн осіб оцінювалася кількість глядачів Мюнхенської олімпіади у 1972 р., коли були вбиті 12 ізраїльських спортсменів. Насильство було спрямоване

однаково на всіх, як на тих, хто дивився спортивні змагання, так і на тих, хто загинув. Його намагалися використати як форму шантажу [5, с. 14].

У лондонському щотижневикі «Економіст» вказується, що не слід ставитися до тероризму як до чого-небудь абстрактного та спонтанного: тероризм – це залякувально-корислива спроба використати насильство для досягнення відповідної мети-цілі [6, с. 11]. Основна мішень терористів – не безпосередні жертви їх злочинів (як правило, невинні люди), а ті, хто спостерігають за драмою, що розгортається на екранах телевізорів.

Заслугує на увагу думка терориста із значним «послужним списком» Ільїча Раміреса Санчеса, більш відомого під прізвиськом «Карлос», який відбуває термін покарання у французькій в'язниці. В інтерв'ю ізраїльському журналісту Б. Вісмуту він дав таке визначення тероризму: терор – це війна; терор – це воєнна стратегія та засіб боротьби, покликані перемогти об'єкт за допомогою страху [7, с. 12].

У сучасному кримінальному праві під тероризмом розуміють злочини проти громадської безпеки, що полягають у застосуванні зброї, вчиненні вибуху, підпалу або інших дій, що створюють небезпеку загибелі людей, заподіяння значної шкоди майну або настання інших суспільно небезпечних наслідків, якщо такі дії вчинені з метою порушення суспільної безпеки, залякування населення або справляння впливу на прийняття рішення органами влади, а також у загрозі вчинення таких дій.

Як соціальне явище тероризм є ідеологією, політикою та соціальною практикою суспільних сил (індивідів, груп та інститутів), які орієнтуються на нелегальні насильницькі форми зміни державного та суспільного устрою. Іншими словами, це несиметрична реакція, що використовується тоді, коли слабша сторона не може подолати сильнішу за допомогою звичайних засобів.

Аналіз наукових джерел (як закордонних, так і вітчизняних авторів) дозволяє стверджувати, що суттєвими ознаками сучасного тероризму є:

- злочинний спосіб досягнення мети (насильство);
- подвійний характер об'єкта насильства (безпосередній об'єкт терористичного впливу та кінцевий, стратегічний об'єкт);
- створення обстановки страху та психологічної напруги;
- публічність і гласність виконуваних дій;
- висока соціальна небезпека, зумовлена втягуванням у сферу терористичного акту випадкових осіб.

Таким чином, тероризм є засобом протиправного протистояння або примусу. При цьому насильство, покладене в основу дій терористів, у більшості випадків втратило

адресно-індивідуальний характер, що призводить до значної кількості потерпілих. За значимо також, що будь-яка терористична акція передбачає два об'єкти злочинних посягань: *первинний* – це об'єкт безпосереднього впливу (залякування) – окрема людина, група людей, будь-який матеріальний об'єкт тощо і *вторинний* – це об'єкт управління (суспільні відносини).

Виходячи з об'єкта терористичних акцій, можна виділити таку дихотомічну пару, що історично утвердилась, як *терор селективний* і *терор «сліпий»*. Селективний терор спрямований проти конкретної особи або групи осіб, із вбивством яких пов'язуються відповідні плани. Це може бути також певний суто конкретний виробничий або інший об'єкт, який необхідно ліквідувати. Але терористичний акт може здійснюватися й, так би мовити, наосліп (звідси й назва) проти політично індиферентної та взагалі випадкової, у цьому розумінні безособової, неконкретної, не чітко визначеної групи людей.

Тривалий час на повноцінний аналіз і наукове вивчення природи, сутності та причин тероризму як соціально-політичного явища практично була накладена заборона. В період холодної війни у цьому не були зацікавлені ні СРСР, ні США. Так, відомо, що свого часу представники СРСР неодноразово блокували в ООН та інших міжнародних організаціях прийняття документів, що розкривають суть тероризму. У 1977 р. у Страсбурзі була прийнята Європейська конвенція про запобігання тероризму. Керівництво СРСР відмовилося підписати цей міжнародно-правовий документ, аргументуючи своє рішення тим, що конвенція, на його думку, була спрямована винятково на придушення національно-визвольного, комуністичного та робітничого руху під видом боротьби з крайніми лівими угрупованнями. І лише через 23 роки Президент Росії підписав Федеральний закон РФ «Про ратифікацію Європейської конвенції про запобігання тероризму».

Висновки

Сьогодні на історичну сцену виходить новий, «системний» тероризм як система

«точкових», але високоефективних акцій, що характеризуються ефектом резонансу – широкого, довготривалого, добре прорахованого наслідку. Мова, по суті справи, йде про специфічний інструмент приватного управління суспільством із сторони впливових, але безликих організацій – цієї аморфної й еkleктичної «влади без держави», яка координує діяльність транснаціональних «ескадронів смерті». Він набуває все більшого політичного звучання і це пояснюється комплексом обставин:

підриваючи систему державної влади й управління, тероризм знижує ефективність управління суспільством і, як наслідок, регулювання соціально-політичних процесів;

послаблюючи державні та суспільні структури, тероризм виступає живильним середовищем для утворення і посилення впливу в суспільстві опозиційних антиконституційних утворень;

активізуючи морально-психологічний вплив на населення, тероризм викликає хаос, безлад, озлобленість людей стосовно один одного, що використовуються терористами у своїх політичних цілях;

виходячи за межі державних кордонів, створюючи транснаціональні злочинні структури, тероризм набуває міжнародного характеру та становить небезпеку для всього міжнародного співтовариства.

Література

1. Авдеев Ю. И. Терроризм как социально-политическое явление // Современный терроризм: состояние и перспективы. – М., 2000.
2. U. S. Department of State, Office of the Ambassador at Large for Counter-Terrorism, Patterns of Global Terrorism. – Wash., 1988.
3. Хоффман Б. Терроризм: взгляд изнутри. – М., 2003.
4. Ganor B. Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter? // IST Papers on Terrorism. – Jerusalem, Israel: The International Policy Institute for Counter-Terrorism, The Interdisciplinary Center, Herzliya, Israel. 2002.
5. Falk R. Revolutionaries and Functionaries. The Dual Face of Terrorism. – N. Y., 1988.
6. The Economist. – 2001. – 22.09.
7. Окна. – Тель-Авив, 2001. – 25 апреля.

This article is devoted to uncovering the phenomena of modern terrorism, as versatile, difficult, controversial phenomena, what complicates the process of clear and synonymous formulation of this definition. There are hundreds definitions, but nothing do not uncovers its essence, characteristics, motivations, forms and methods.

В статье рассматривается современный терроризм как многогранное, сложное, противоречивое социальное явление, которое усложняет процесс четкого и однозначного формулирования данного понятия. Известно более сотни его дефиниций, но ни одна из них не может претендовать на отображение всей полноты его сущности, характеристик и мотиваций, форм и методов.



ВИРАЖЕННЯ ВОЛІ ТА ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ ПРИ УКЛАДЕННІ ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Лідія Шкварок,

здобувачка кафедри загальноюридичних дисциплін
Національної академії внутрішніх справ

У статті аналізуються наукова література, статті, нормативні акти й окремі погляди філософів права, науковців, учених на проблему вираження волі та волевиявлення при укладенні правового договору.

Ключові слова: договір, воля, волевиявлення, правочин, приватне право.

Договір – це вольовий акт. Він не може виникнути проти волі сторін, проте це саме акт, дія, внаслідок якої виникає зобов'язання. Однак не будь-який договір породжує зобов'язання, хоча переважна більшість є основою для виникнення зобов'язань.

Інтерес до проблеми правового договору та вираження волі як передумови його виявляли такі філософи права, як: Арістотель, Гегель, Демосфен, Платон, Ульпіан, Цицерон, К. Забоєв, В. Нерсисянц, В. Мадіссон; цивілісти: С. Бєрвенно, М. Брагинський, І. Грушинський, О. Дзера, Л. Лунц, І. Новицький, В. Олюха та ін., а також учені-психологи: В. Ойгензіхт, М. Філіппов та інші науковці.

Метою цієї статті є здійснення філософсько-правового аналізу розуміння волі та волевиявлення, їх співпадання для укладення правового договору як в римському приватному праві, так і в українському цивільному (приватному) праві.

Відомо, що розквіт договірних правових відносин приватного характеру розпочався у Стародавньому Римі. Римське договірне право – перше всевітнє право суспільства товаровиробників, яке є найдосконалішим. Договори є основою правовою формою, за якою здійснювався величезний товарний і господарський обіг Стародавнього Риму. Правовому впливу піддавалися всі економічні, торгові й інші відносини. Римляни створили розгалужену систему договорів, яка забезпечувала надійну основу ділових відносин. Багато договорів були рецепційовані середньовіковими економічними формаціями і, будучи пристосованими до нових умов, збереглися в сучасному праві [1, с. 198].

Згідно із старовинним грецьким правилом, – як один з іншим домовився, так воно і повинно мати силу. У Демосфена декілька разів повторюється: *про що один з одним добровільно домовився, те і панує*. У Платона теж існує варіант цього висловлення: *закони – це царі, а договори – це пани, носії права*. Про силу договору Цицерон висловився так: *основа права – це вірність, тобто тверде та правдиве дотримання слова і договору* [2, с. 296].

Із розвитком торговельних відносин та з ускладненням окремих договорів виникає нова проблема: невідповідність чи суперечливість між зовнішнім вираженням договору і тим, що сторона дійсно мала на увазі. Папініан зазначав: *хто говорить одне, а хоче іншого, той не говорить того, що означають його слова, тому що він цього не хоче, але і не говорить того, що хоче, тому що він не ті слова говорить*. Іншими словами, що він сказав, того він не хоче, а що хоче, того не сказав; значить, договір не відбувся.

У Риторичі Арістотеля написано: *потрібно звертати увагу не на слово, а на намір*. Правда, це стосувалося закону, і римські юристи теж сприйняли це по відношенню до закону та вустами Цельса сказали: *знання законів не в тому полягає, щоб слідувати їх словам, а в силі та значимості*. Боротьба між словом і волею сторони проходить через всю класичну юриспруденцію, та особливо виразно звучить у Цицерона. Наприклад, у розповіді про гучний процес про спадкування, відомий оратор Красс слушно зазначає: *у словах якраз і полягає пастка, якщо залишити без уваги волю; справедливість вимагає, щоб думки та воля збігалися*. Цицерон погоджується із Крассом у тому, що нічого путнього не вийде, якщо ми керуватимемося лише словами, а не суттю.

На думку В. Нерсисянца, повідомлення, яке містить юридичне значення, являється угодою, незалежно від того, чи носить воно характер констатації або волевиявлення. Якщо від констатації залежить зміна в правах і обов'язках суб'єкта права, вона може бути класифікована як юридична угода. Сумніви щодо цього в науці Нового часу пов'язані із справедливим акцентом на вольовому характері угоди; але не будь-яке волевиявлення отримує юридичне значення, тоді як повідомлення не може не мати вольового характеру, якщо від нього залежить зміна в суб'єктивній правовій ситуації. Так, оголошення боржника як такого, що прострочив виконання зобов'язань, – вольовий акт, що виражає певний інтерес, і не може вважатися фактичною подією. Римські юристи демонструють саме такий підхід до проблеми, розглядаючи, наприклад, виконання зобов'язань щодо перенесення власності як юридичну угоду [3, с. 129–130].

Відмінність між простою обіцянкою та договором, як зазначає Гегель, полягає в тому, що при обіцянці того, що я хочу подарувати, зробити, виконати, висловлене як таке скероване в майбутнє й ще залишається суб'єктивним визначенням моєї волі, яке я через це ще можу змінити. Тоді як стипуляція (воля) договору вже сама стає буттям рішення моєї волі в тому розумінні, що я відчую мою річ, що вона вже перестала бути моєю власністю і я вже визнаю її власністю іншого.

Фіхте висловив твердження, що зобов'язання дотримуватись договору вступає для мене в силу лише від тієї хвилини, коли мій контрагент береться за виконання свого зобов'язання, адже до цього я не впевнений у тому, чи ставився той серйозно до своєї заяви; тому зобов'язання до виконання за своєю природою наділене лише моральним, а не правовим характером. Можливість неправової сваволі я зберігаю навіть тоді, коли інший уже починає виконувати свої зобов'язання. Цей погляд Фіхте виявляє свою нікчемність тим, що правове в договорі ґрунтується на хибній нескінченності, на процесі, що тягнеться в нескінченність, на нескінченній подільності часу, матерії, діяльності тощо. Буття, яке має воля в формальності жесту або в для себе визначеній мові, вже становить її (як інтелектуальної волі) цілковите буття, відносно якого виконання виявляється позбавленим власної суті наслідком [4, с. 84].

Із зростанням торгового обороту та завоювання Римом широких ринків середземноморського басейну договори суворого права поступаються так званим договорам доброї совісті; разом із тим перемагає точка зору, яка дає перевагу намірам сторін. Найкраще цю думку висловив Папініан відносно договорів: *у договорах тих сторін, які домовляються, було визнано важливим звертати увагу більше на волю, ніж на слова* [2, с. 296].

Пізніше, у візантійську епоху, думки змінилися, оскільки римські юристи стояли вже на захисті інтересів пануючого класу та слідували за тим, щоб сумирність і милосердя не переходило певних меж.

Згідно із ч. 3 ст. 203 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. У зв'язку з цим постає питання про співвідношення внутрішньої волі сторін договору з їх волевиявленням. Однак, щоб дати відповідь на це питання, необхідно визначити зміст поняття волі.

Воля є об'єктом досліджень не лише юристів, а й психологів, що цілком зрозуміло. Так, на думку вчених-психологів, ознаками волі, поперше, є усвідомлений особою характер дії; по-друге, здатність людини коригувати свої дії; по-третє, наявність активності у подоланні труднощів. З наведеного можна зробити насамперед висновок, корисний з теоретичної та практичної точки зору для цивілістичної науки, про те, що воля є суб'єктивним виявом ставлення особи до своїх дій або до дій, спрямованих на укладення договору для досягнення відповідної юридичної мети. Оскільки ж договором є правочин двох і

більше осіб, то цілком закономірною є умова: щоб відбувся взаємний збіг їх волі, необхідний їх адекватний зовнішній прояв у конкретних діях, виражених у юридичній формі [5, с. 47].

На думку одного із знайомих фахівців проблеми, що розглядається, В. Ойгензіхта, воля має свій вияв у дії, а сутність волі виявляється в її регулюючій функції. На перший погляд, така позиція є правильною та прийнятною. Однак, на думку деяких цивілістів, ця позиція не є бездоганною, оскільки не здатна повною мірою розкрити сутність волі лише за допомогою регулятивної функції (О. Дзера, С. Бервено). Сутність волі полягає насамперед, у суб'єктивному ставленні особи до своїх дій, тобто її функція зводиться до того, що внутрішня воля особи передбачає контроль за правильним її відображенням у волевиявленні, яке і забезпечує врегулювання відносин між носіями волі.

Як зазначає Гегель, розгляд визначеності волі – це справа глузду і то насамперед не спекулятивна. Воля взагалі визначена не тільки як зміст, а й як форма. Визначеність за формою – це мета й здійснення мети: мета постає спершу лише якоюсь часткою мого внутрішнього, суб'єктивного, але ця мета має стати також і об'єктивною, позбутися свого недоліку, перестати бути лише суб'єктивною. Тут може виникнути запитання про причину цього недоліку. Якщо те, що має недолік, водночас не стоїть над своїм недоліком, то для нього недолік – не недолік. Для нас тварина – це щось недостатнє, для себе вона не така. Мета, оскільки вона ще тільки наша, для нас недолік, адже свобода та воля для нас – це єдність суб'єктивного й об'єктивного. Отже, мета має бути визначена об'єктивно і, таким чином, вона дістає не нове однобоке визначення, а тільки свою реалізацію [4, с. 31].

Оскільки наведені визначення волі взагалі – її власні визначення, її рефлексивне в себе відособлення, то вони є змістом. Цей зміст як зміст волі для неї, згідно з наведеною формою, – мета, частково внутрішня або суб'єктивна в уявляючому волінні, частково здійснена, досягнута через опосередкування діяльності, що переводить суб'єктивне в об'єктивність. Цей зміст, або вирізнене визначення, волі, насамперед, безпосередній. Отже, воля вільна тільки в собі або для нас, або ж вона воля в своєму понятті взагалі. Тільки маючи предметом саму себе (виступаючи змістом і метою), воля для себе те, чим вона є в собі. Через прийняття рішення воля визначає себе як волю певного індивіда і як таку, що відрізняє себе зовні від іншого. Проте, окрім цієї скінченності як свідомості, безпосередня воля через відмінність між її формою й її змістом формальна, їй належить лише абстрактне рішення як таке, і зміст – це ще не зміст, не витвір її свободи.

В юридичній науці висловлюються різні точки зору щодо правової природи угод як юридичного факту (нині двосторонніх і багатосторонніх правочинів), але розбіжності між авторами не носять принципового характеру. Вони мають переважно незначні термінологічні особливості. І якщо їх узагальнити, то зводяться вони в основному до того, що угоди-договори прита-

мани зустрічне (взаємне) волевиявлення двох чи більше осіб або єдиний вольовий акт, або збіг (співпадіння) волі сторін, відповідність волевиявлення взаємоузгодженій волі сторін (В. Олюха, І. Новицький, Л. Лунц, І. Грушинський, М. Брагинський). На думку І. Спасибо-Фатеевої, відсутність узгодження волі сторін при укладенні договору порушує не тільки принципи договірної права, а й загальноправові принципи.

Отже, взаємоузгодженість волі сторін правочину-договору є його обов'язковим елементом. Однак це не означає, що воля кожної із сторін є тотожною за своїм змістом. У багатьох випадках автори звертали увагу на те, що воля сторін може не збігатись, а узгодженість у вигляді збігу самостійних волей контрагентів можлива лише у договорах про спільну діяльність (В. Олюха). З такою точкою зору не можна повністю погодитись, оскільки збіг волі контрагентів не слід розуміти як повний збіг змісту волі кожної із сторін. Під збігом волей необхідно розуміти внутрішнє сприйняття кожною стороною прагнення до виникнення у них відповідних прав і обов'язків за наявності навіть протилежних інтересів в укладенні договору, як це особливо рельєфно виявляється в договорі купівлі-продажу, в якому інтереси кожної із сторін, як правило, протилежні, оскільки продавець прагне продати товар за вищу ціну, а покупець – сплатити за нього нижчу ціну. Однак у процесі узгодження умов договору та досягнення сторонами консенсусу такий антагонізм інтересів набуває ознак внутрішньої вольової статичності та не реалізується надалі в динаміці волевиявлення.

Дещо по-іншому формується воля переходом її у волевиявлення в договорах роздрібно торгівлі, в якій ціни встановлюються однакові для всіх покупців. За таких обставин покупець фактично пасивно формує своє волевиявлення, завідомо погоджуючись на умови, запропоновані продавцем, а тому тут внутрішня суперечність інтересів позбавлена юридичного сенсу. Тому можна вважати, що сторони можуть мати спільний інтерес і єдину мету не лише у договорах про спільну діяльність, як це зазначається деякими авторами, а й в інших договорах, у тому числі у таких, де відсутня повна гармонізація волі їх сторін, оскільки у таких випадках необхідно брати до уваги не психологічний, а юридичний аспект волі та волевиявлення сторін. Якщо не відбудеться збігу юридичного змісту волі та волевиявлення, то взагалі договір не може вважатись укладеним.

Дискусійною продовжує залишатися також проблема співвідношення значимості волі та волевиявлення. *По-перше*, у разі виникнення спору закон перевагу надає волі, а не волевиявленню (В. Шахматов, В. Тархов). *По-друге*, перевагу необхідно надавати вияву волі (тобто волевиявленню) (І. Новицький, Е. Кунік, В. Занковська). *По-третє*, в усіх випадках має бути єдність волі й її виявлення (М. Агарков, О. Красавчиков, О. Иоффе). Оцінюючи всі зазначені варіанти, безумовно, можна віднайти в них як позитивні, так і вразливі місця.

Як зазначає С. Бєрвено, перша позиція має під собою законодавчу основу, адже правочин-

договір із пороками (вадами) волі незалежно від правомірності волевиявлення може бути визнаний недійсним (наприклад, статті 229–233 ЦК України). Однак такі наслідки настають лише у чітко визначених випадках, коли абсолютно однозначно встановлюються вади волі. Але в інших випадках досить важко виявити внутрішню волю суб'єкта правочину, а тому при розгляді конкретних спорів між суб'єктами договірної зобов'язання слід керуватися презумпцією адекватності волевиявлення внутрішній волі сторін.

Друга точка зору, яка надає перевагу волевиявленню, має право на існування, але буде правильною лише до того часу, поки не будуть наведені докази пороку (вад) волі.

Нарешті, не є абсолютно безспірною точка зору про єдність волі та волевиявлення, адже такий стан суб'єкта договору є, безумовно, бажаним, але насправді така єдність може бути і відсутня, але договір вважатиметься чинним, оскільки опспорювані правочини можуть визнаватися недійсними лише на вимогу його сторін чи інших уповноважених осіб (ч. 3 ст. 215 ЦК України).

Отже, С. Бєрвено робить висновок, що недоцільно абсолютизувати ідею надання переваги чи то внутрішній волі особи чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність пороків (вад) в одному з двох елементів може позначатися на дійсності договору чи на визначенні його правової природи. Він посилається на те, що, розглядаючи певні справи (постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про визнання угод недійсними» від 28.04.1978 р., постанова Пленуму Верховного Суду України від 25.12.1992 р.), суд брав до уваги наявність чи відсутність адекватної волі на укладення договору. Однак це не свідчить, що суди надавали при вирішенні справи переваги волі сторони чи її зовнішньому прояву. Безумовно, для визнання правочину правомірним важливо, щоб і внутрішня воля сторін, і її волевиявлення не були деформованими. Це стосується всіх сторін договору. Разом із тим не можна заперечувати іншого факту: об'єктивно волевиявлення одержало у законодавстві значно ширше врегулювання. І це зрозуміло, адже волевиявлення має об'єктивне вираження в різних його виявах і формах при укладенні договору, його виконанні тощо.

На нашу думку, в усіх випадках має бути єдність волі та її волевиявлення. У договорі суб'єктивна воля стає загальною, підноситься до свого втілення. І як зазначає Гегель, *мій розум спонукає мене до договірних відносин, до втілення ідеї реального буття вільної особистості, що наявна лише у волі* [4, с. 79].

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладаються на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку [5, с. 184].

На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не впливає в силу пря-

мої вказівки закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

Сутність укладення договорів зумовлена природою конструкції договору як угоди, а тому передбачає вираження волі кожної із сторін та її співпадіння. У зв'язку з цим укладення договору має розглядатись як процес формування волі та її закріплення в умовах договору, що являють собою форму існування волевиявлення. При цьому правове регулювання договірних відносин починається із стадії вираження стороною волі укласти договір.

Воля сторін виражається в їх згоді прийняти на себе певні обов'язки за договором. Вона має бути взаємною, двосторонньою та спрямованою на досягнення певної мети. Проте для виникнення договору однієї внутрішньої волі недостатньо. Вона недоступна для інших. А для укладення договору необхідно саме її зовнішнє виявлення, притому в такій формі (спосіб), що доступна для сприйняття та розуміння іншими особами. Без фіксації волі оточуючими особами неможливе виявлення зустрічної волі. Отже, воля укласти договір повинна бути виражена зовні в певній об'єктивній формі – волевиявленням. Форми його можуть бути різноманітні, проте достатньо чіткими, зрозумілими, здатними для сприйняття іншими. Воля може виявлятися усно, письмово, певною поведінкою, жестом, мімікою, а в деяких випадках навіть мовчанням або за допомогою так званих конклюдентних дій [1, с. 204].

Договір – це своєрідний спосіб самореалізації індивіда, який вимагає від нього низки якостей економічного, морального, інтелектуального тощо характеру. Іншими словами, для функціонування договірних правовідносин необхідний рівень морально-етичної культури, у тому числі правової, для всіх сторін договору, довірливе ставлення одна до іншої, відповідальність за взяті на себе зобов'язання, ставлення до іншого як рівного собі. Існування договірних відносин можливе в умовах вільного спілкування сторін, що формально урівнені в свободі своїх дій, що, безумовно, справедливо.

Цицерон наголошував, що основа права – це вірність, тобто тверде та справедливе дотримання слова і домовленості (договору). Договірні-правові відносини передбачають і відповідний рівень інтелектуальної культури їх учасників. Не менш важливо учасникам договірних правовідносин мати розвинуту правосвідомість, відповідний рівень правової культури, який дозволить усвідомлювати себе повноцінним учасником правовідносин, вбачати в собі автономного носія природних прав, мати потребу в максимумі свободи, могти її використовувати, бути готовим її захистити від необґрунтованих

зазіхань будь-кого, в тому числі і державної влади, вміти нести відповідальність за використання своєї свободи в межах договору, шанувати свободу іншої сторони бути учасником договірних відносин і реалізовувати себе в рамках цих відносин як суб'єкта права.

Договір є домовленістю двох або більше сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України), тобто дво- чи багатостороннім правочином. Як будь-який правочин, договір – це волевий акт, але йому притаманні певні особливості. На відміну від одностороннього правочину, в якому виражається воля однієї сторони, договір – це взаємне вираження волі двох або декількох осіб, погоджене між ними так, що волі однієї сторони відповідає воля другої або інших сторін, які беруть участь у договорі. Отже, договору як юридичному факту властиві такі ознаки:

- у ньому виявляється воля не однієї сторони, а двох чи декількох, при цьому волевиявлення учасників за своїм змістом повинно збігатись і відповідати одне одному;

- договір – це спільна дія осіб, спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Слід зазначити, що договір є найпоширенішим юридичним фактом сфери саме приватного (цивільного) права. Навіть за часів існування радянського права, що було повністю опублікованим, визнавалася галузева належність відповідного юридичного факту.

Висновки

Основою виникнення саме правового договору є збіг волі й її волевиявлення суб'єктів права. Сьогодні можна спостерігати в умовах розвитку приватної власності в Україні підвищений інтерес до договірних відносин при вирішенні різних питань у повсякденному житті. Це зумовлено тим, що використання правового договору у різних сферах життя суспільства дає впевненість у виконанні зобов'язань сторонами, ставлячи їх у формально рівні відносини, закріплюючи автономність їх волевиявлення.

Література

1. Підпригора О. А. Основи римського приватного права. – К., 1997.
2. Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М., 1997.
3. Нерсисян В. С. Философия права. – М., 1997.
4. Гегель. Основы философии права. – К., 2000.
5. Договірне право України: Загальна частина / За ред. О. В. Дзери. – К., 2008.

In this article scientific literature, articles, normative acts and separate looks of philosophers of right, research workers, scientists, is analysed on the problem of expression of will and will at the conclusion of treaty.

В статье анализируются научная литература, статьи, нормативные акты и отдельные взгляды философов права, научных работников, ученых на проблему выражения воли и волеизъявления при составлении правового договора.



ЕФЕКТИВНІСТЬ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Ірина Жаровська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Львівської комерційної академії

У статті аналізуються теоретико-правові погляди на державну владу, особлива увага приділяється такій основоположній ознаці, як ефективність; розглядаються фактори, що впливають на ефективність державної влади.

Ключові слова: державна влада, апарат держави, державні органи, ефективність державної влади, публічна влада, влада.

Побудова правової держави в Україні супроводжується складними та суперечливими процесами. Відбуваються катаклізми, пов'язані з руйнуванням державності, з кризою верховної влади, деструкцією багатьох сторін громадського життя, посиленням націоналізму, релігійного екстремізму, сепаратизму. Всі ці труднощі та трагедії можна інтерпретувати і пояснити, передусім, через призму неефективності державної влади. За цих умов потрібний пошук оптимальної моделі її організації та функціонування, а концепції її ефективності мають велике пізнавальне і практичне значення. Вибір та обґрунтування найкращої форми держави сьогодні неможливий без аналізу ідей і концепцій державної влади, які можуть істотно впливати на державне будівництво в нашій країні.

Сучасне наукове дослідження ефективності влади базується, перш за все, на класичному спадку таких мислителів минулого, як Аристотель, Н. Макіавеллі, Ж. Боден, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, Е. Берк, Т. Пейн, І. Кант, Г.В.Ф. Гегель. Проблеми побудови оптимальної моделі державної влади присвячувалися праці і сучасних учених-правників О. Зайчука, А. Зайця, І. Іваннікова, В. Журавського, А. Козловського, А. Колодія, В. Лебедева та ін.

Однак, незважаючи на увагу вчених до проблем державної влади, питання ефективності державної влади практично ще не були самостійним предметом дослідження.

Мета цієї статті полягає у дослідженні та розкритті поняття «ефективність державної влади», а також факторів, що впливають на цей процес.

Влада – це особливий вид громадських відносин організованих суб'єктів. Влада, вва-

жає В. Г. Ледяєв, це здатність суб'єкта забезпечити підпорядкування об'єкта відповідно до своїх намірів [1, с. 268]. Суть влади полягає в реальній можливості та здатності тих, хто володарює, підпорядковувати своїй волі підвладних. Під волею прийнято розуміти свідому саморегуляцію суб'єктом своєї діяльності та поведінки для досягнення мети. Державна влада є різновидом політичної влади, яка виникає разом із утворенням держави. По-різному пояснюється й її природа. У теологічних теоріях виходять із постулату про те, що «немає влади не від Бога». В інших теоріях державна влада розглядається як організована сила, що виникла в процесі історичного розвитку суспільства (класу, нації, раси, політичної еліти). Державна влада в кожен конкретний історичний період має свою структуру та нормативно-правову регламентацію. Вона універсальна, як правило, має легітимні інститути насильства, суверенна, публічна, здійснюється професійними управліннями на території, на яку поширюється її суверенітет. Без державної влади неможливе правове та політичне життя суспільства.

Державна влада відрізняється від політичної тим, що використовує механізми державно-владної дії (примуси), тобто будь-яка державна влада є політичною, але не будь-яка політична влада є державною. В цьому випадку політична влада є об'ємнішим поняттям.

Оскільки державна влада реалізується через сферу ідеального й інституціонального, то в її структурі повинні переплітатися елементи цих явищ. До інституціональних елементів слід віднести державні органи й окремих посадових осіб, а до ідеальних елементів державної влади – державну волю, авторитет державної влади та державну ідеологію.

Суть державної влади розкривається в різноманітті її функцій, які охоплюють і функції держави. Функції державної влади вини-

кають і розвиваються в процесі здійснення суб'єктом державної влади управління суспільством. Тому основною її функцією є дія на соціальні відносини, що забезпечує стабільність діяльності всього суспільства, його цілісність. Це передбачається в процесі реалізації внутрішніх (економічна, політична, екологічна, соціальна, правоохоронна тощо) і зовнішніх (оборона, дипломатична, зовнішньоекономічна тощо) функцій держави.

Отже, *державна влада* – це складне психіко-юридичне явище, що історично складалося, керівництво авторитетним суб'єктом справами всього суспільства, яке проживає на певній території, за допомогою державного механізму й у свою структуру включає матеріальні (державні органи, державні службовці) й ідеальні (державна воля, державна ідеологія, авторитет державної влади) елементи.

Характер державної влади визначається особливістю держави, державного апарату. Державні органи не лише формують, проводять у життя державну владу, а й значною мірою визначають її ефективність. Ефективність, як зазначали В. Ільїн і А. Панарін, – це вміння досягти максимальних результатів відповідно до поставлених (суб'єктивних) цілей, запитів, потреб із мінімумом втрат, витрат, нарощування віддачі, досягнення вигод при не посиленні конкурентів, суперників [2, с. 12].

Ефективність державної влади залежить від її суб'єкта. Суб'єкт державної влади повинен володіти методами здійснення державної влади, що не лише привертати б до нього увагу, а й посилювали ефективність його діяльності.

Державна влада – поняття багатовимірне. Вона також передбачає психічний вплив суб'єкта на інших людей. Авторитет державної влади – це загальновизнаний в країні та за її межами вплив суб'єкта держави, готовність об'єктів підкорятися її наказам. М. Коркунов зазначав, що влада – це сила, зумовлена свідомістю залежності підвладного, тому держава може володарювати, не маючи ні волі, ні свідомості, аби лише люди усвідомлювали себе залежними від держави. Державна влада не воля, а сила, що впливає із усвідомлення громадянами залежності від держави [3, с. 250]. Іншими словами, якщо державна влада впливає на економічні, політичні, правові та духовні процеси на території держави, то вона ефективна.

Основною турботою суб'єкта верховної державної влади має бути пошук шляхів

підвищення ефективності, якості та результативності діяльності державних органів, установ і організацій, що забезпечують безпеку держави, захист прав і свобод її громадян. Могутність держави залежить не лише від розміру її території, природних багатств, оснащення та чисельності армії, а й від умілого управління суспільством. У правовій державі функціонування державних органів має ґрунтуватися на таких принципах: дотримання прав і свобод людини та громадянина; народовладдя (означає, що верховною владою в країні наділяються органи, яким народ делегує відповідні повноваження); світськості (означає взаємне неутручання як держави й її органів у справи церкви, так і церкви у справи держави); деідеологізації (ніяка ідеологія не може встановлюватися як державна або обов'язкова, органи державної влади не мають права насильно насаджувати які-небудь погляди, судження, ідеї); законності в діяльності державних органів (означає суворе, неухильне виконання ними приписів Конституції й інших законодавчих актів).

Розвинута система державних органів, професіоналізм державних службовців ще не є ознакою того, що державна влада буде ефективною. Показник ефективності державної влади – це не лише її вплив на суспільство, а й корисність суспільству, забезпечення рівня й якості життя населення. У цьому розумінні ефективність державної влади має спільну мету з суспільством, оскільки ефективність (чи загальна користь) суспільства визначається мірою використання соціальних інститутів для досягнення добробуту, найкращого з можливих. У соціальній і політичній теорії поняття «ефективність» замінює загальні заходи та застосовується для опису соціальних виборів незалежно від добробуту [4, с. 247].

Ефективність державної влади безпосередньо залежить від правової культури громадян. Під правовою культурою, як правило, розуміють зумовлений соціальним, духовним, політичним і економічним ладом якісний стан правового життя суспільства, що виражається в рівні розвитку правової діяльності, змісті та формах юридичних актів, правосвідомості в цілому та на рівні правового розвитку суб'єктів (індивідів, різних соціальних груп, усього населення), гарантованості державою та громадянським суспільством свобод і прав людини.

Досягнення високої правової культури пересічних громадян неможливе без створення державною владою відповідних умов через широкий спектр правового виховання.

Специфіка правового виховання полягає в навчанні праву так, щоб сформувати шанобливе ставлення до закону, непримиренність до його порушень. І саме тут знань про право та навичок його застосування недостатньо. Тут більше виявляються моральні якості індивідів, соціальних груп, суспільства. М. Піскотін зазначав, що найбільш життєздатними та такими, що досягли великих успіхів, були суспільства та країни, які вміли розбудити енергію й ініціативу як можна більшої кількості людей, створили потрібний простір для їх вияву [5, с. 283].

Найважливішою передумовою ефективності державної влади є проведення національно орієнтованої державної кадрової політики. Необхідно переосмислити принципи підбору та розставляння кадрів. Ефективно реалізовувати свої повноваження може лише сильна державна влада. Сила державної влади в її авторитеті, в довірі народу до неї. Щоб бути такою, вона не повинна ставити недосяжні цілі, брати на себе нездійсненні зобов'язання, оскільки це знижує авторитет державної влади. Авторитет державної влади створюють державні службовці, тому слід приділяти особливу увагу підвищенню рівня загальної та правової культури працівників державних органів.

У науковій літературі вже зроблені спроби визначити поняття «раціоналізація державного управління». Г. Атаманчук вважає, що це складний процес, який передбачає: насичення його суб'єктів знаннями, досвідом, теоретичним мисленням; економію ресурсів, часу, людських сил при виробленні та реалізації управлінських рішень і дій; досягнення повного втілення в життя управлінських ідеалів, цінностей, цілей, задумів і моделей; використання всіх можливостей, закладених у потенціалі суспільства, кожної людини, передусім, посадовця; вимір результатів державного управління за певними критеріями соціальної ефективності; застосування стимулів і відповідальності для тих, хто професійно зайнятий в апараті управління; формування потужних взаємозв'язків, що забезпечують постійне та швидке введення в органи державного управління нових джерел і чинників його вдосконалення; забезпечення, за допомогою державного управління прав і свобод громадян [6, с. 405]. Таке просторове поняття, безумовно, не є лаконічним, але його змістовна сторона не викликає серйозних заперечень.

Наступним аспектом державної політики забезпечення ефективності влади має бути розроблення концепції юридичної відпові-

дальності влади перед суспільством. У державі потрібні закони не лише про захист держслужбовців, а й про їх відповідальність за результати соціального управління. У найзагальнішому вигляді відповідальність передбачає забезпечення інтересів і свободи взаємозв'язаних сторін, гарантовані суспільством і державою. Вона формується на основі послідовної взаємодії трьох складових частин: усвідомлення обов'язку; оцінки поведінки; накладення санкцій [6, с. 118].

У пресі та науковій літературі вже обговорюється питання про відповідальність глав держав, законодавчих органів влади, державних службовців. Вважаємо, що дострокове припинення їх повноважень, розпуск законодавчих органів влади будуть дієвими заходами, що впливатимуть на ефективність реалізації державної влади. Влада, закони якої руйнують суспільство, не сприяють його поступальному та динамічному розвитку, знижують рівень і якість життя народу, є аморальною. Закони такої влади, руйнуючи суспільство, руйнують і державу. Теоретично було б правильно вважати, що така влада має бути повалена народом. На практиці ж жодна конституція не закріплює право народу виступати проти державної влади, чинити опір антинародній політиці з використанням зброї. Закріплення в конституції норм про відповідальність державної влади та наявність механізму їх реалізації зумовить перевертоти, революції, масові виступи проти державної влади. Цю проблему можна розв'язати шляхом збільшення кількості конституційних деліктів, за які державні органи та держслужбовці повинні притягатися до відповідальності, розроблення механізму притягнення їх до юридичної відповідальності. Необхідно збільшити також кількість суб'єктів державної влади, яких можна притягати до юридичної відповідальності.

Не можна однозначно стверджувати, що нелегітимна державна влада не може бути ефективною. Якщо вона досягає своїх цілей, то вона ефективна, але рівень її невисокий. У аксіологічному відношенні ефективність державної влади залежить від рівня та повноти правопорядку, турботи про підвладне населення, запобігання соціальним конфліктам, здійснення військової та дипломатичної функцій. Але не менше значення має і те, якими методами приймаються та реалізуються політичні рішення державної влади. Доцільно, щоб державна влада була з суспільством у відповідальному діалозі, оскільки це сприяє розвитку демократії, легітиматії державної влади.

Основна мета цивілізованої державної влади полягає в посиленні держави для забезпечення прав і свобод людини, досягнення загального блага. Громадяни повинні вимагати від держави забезпечення нормальних умов свого економічного та духовного існування. І тоді можливий справжній патріотизм громадян як відповідь на турботу про них з боку держави. А. Олейник вважає, що одним із «провалів» держави є відсутність чітких критеріїв ефективності діяльності держави. Як економіст він лише звернув увагу на економічні показники ефективності: зростання бюджетних надходжень та експансію державного контролю [7].

І. Іванников вважає, що референдуми можуть стати єдиною умовою легітимації державної влади, джерелом її ефективності [8]. Державна влада як одна з форм керівництва справами всього суспільства є явищем соціальним і повинна забезпечувати соціальний ефект, що відповідає об'єктивним потребам розвитку суспільства. При цьому вона може бути тиранічною, приносити тимчасові труднощі населенню. Заперечують цю ідею європейські фахівці. Зокрема, Ф. Рено стверджує: «механізми електоральної демократії, що активно діють нині у вигляді прямого виборчого права, не завжди є ефективними з погляду врегулювання тих чи інших проблем» [9, с. 24]. Оптимальний шлях розвитку демократичної влади – конституціоналізм, коли влада у своїх діях відповідає праву. Тому і повинна бути наділена легітимністю.

In the article theoretical and legal looks to state power are analysed. Special attention concentrated on such fundamental sign as efficiency. Factors that influence on efficiency of state power are examined, among them legal culture of citizens, functioning of state machine, perfect arrangement of mechanism of state, economic factors, etc.

В статті аналізуються теоретико-правові погляди на державну влада, особе увагу приділяється такому основоположному признаку, як ефективність, розглядаються фактори, впливаючі на ефективність державної влади.

Висновки

Проведений аналіз дозволяє виокремити фактори, що впливають на ефективність державної влади: економічні, політичні, правові, моральні тощо. Ефективність державної влади – це характеристика її якісного стану. На нашу думку, *ефективність державної влади – це співвідношення між фактичним соціальним результатом і цілями владарювання, що уособлюють об'єктивні потреби прогресивного розвитку суспільства при мінімальній витраті часу, засобів, сил і мінімальних негативних наслідках*. Нелегітимна державна влада потенційно небезпечна для суспільства. Тільки легітимна державна влада може бути ефективною.

Література

1. Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. – М., 2001. – 384 с.
2. Ильин В. В., Панарин А. С. Философия политики. – М., 1994. – 230 с.
3. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1914. – 310 с.
4. Макаренко В. П. Политическая концептуология: обзор повестки дня. – М., 2005. – 368 с.
5. Пискотин М. И. Социализм и государственное управление. – М., 1988. – 310 с.
6. Атаманчук Г. В. Теория государственного управления. – М., 2004. – 480 с.
7. Олейник А. Институциональная экономика // Вопросы экономики. – 2009. – № 11. – С. 140–147.
8. Иванников И. С. Эффективность государственной власти в России: дис. ... д-ра полит. наук. – М., 2007. – 337 с.
9. Рено Ф. Лишь демократия – легитимный устроим // Тижень. – 2010. – № 22. – С. 24–27.



АНАЛІЗ МОТИВІВ ПРАВОВОГО САМОВИХОВАННЯ СТУДЕНТСЬКОЇ МОЛОДІ: теоретичний і практичний аспекти

Валерія Осташова,

аспірантка відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

У статті аналізуються мотиви правового самовиховання студентської молоді. На основі проведеного соціологічного опитування визначаються особливості мотивації правового самовиховання сучасного студентства.

Ключові слова: правове самовиховання, мотивація, правомірна поведінка, соціологічне опитування.

Всебічне дослідження правового самовиховання як категорії теорії права потребує розкриття сутності всіх елементів його структури. Тому актуальним є осмислення проблеми мотивації як одного з найважливіших елементів категорії правового самовиховання у процесі роботи над підвищенням рівня власної правової культури, правосвідомості громадян, передусім студентської молоді як перспективної основи громадянського суспільства.

Різні аспекти правового самовиховання досліджували такі вітчизняні науковці як В. Головченко, Н. Коваленко, С. Легуша, П. Макушев, Д. Тихомиров, В. Царенко, М. Цимбалюк, В. Швачка, М. Штангрет. Питання мотивів правовиховної діяльності розглядалися у працях В. Головченка, В. Швачки, Р. Мкртумяна. Ми б хотіли привернути увагу до комплексного дослідження мотивів правового самовиховання студентської молоді.

Метою цієї статті є аналіз теоретичних аспектів мотивів правового самовиховання студентства та розгляд практики реалізації мотиваційних механізмів молоддю на сучасному етапі.

Рушійними силами правового самовиховання є протиріччя між вимогами суспільства у сфері нормативно-правового регулювання та реальною поведінкою студентів; між бажанням і невмінням молоді працювати над собою через слабкість сили волі, недостатню вимогливість до себе, незнання методики правового самовиховання; між цілями та завданнями правового самовиховання і досягнутими результатами. Ці протиріччя тісно пов'язані між собою, а їх вирішення дозволяє перейти на більш високий рівень самовиховання.

Особливості механізму правового самовиховання полягають у тому, що в процесі самовиховання зовнішні вимоги трансформуються у внутрішні регулятори поведінки та життєді-

яльності людини. При цьому важливу роль відіграють відповідні установки й образи, що трансформуються у стійкі мотиви поведінки особистості, а також ставлення особистості до себе, інших людей, навколишнього світу. Потреба у правовому самовихованні має свій вираз у мотивах, до яких відносять інтерес до самовиховання, переконання у цінності роботи над собою, прагнення, установки на самовдосконалення.

Р. Мкртумян визначає мотив як усвідомлений людиною особистісний зміст її дій, усвідомлення відношення мети до задоволення відповідного спонукання [1, с. 12–13]. В. Беспалько під мотивацією розуміє відчуття людиною прагнення, спрямованого на задоволення усвідомленої або неусвідомленої потреби [2, с. 16]. А. Маслоу вважає, що мотивація – це генетичне прагнення людини до самореалізації відповідно до її вроджених здібностей до певних видів діяльності та наполегливість в оволодінні ними на творчому рівні. Воно реалізується в значних досягненнях лише тоді, коли виникають (створюються) необхідні умови для цього [3]. Якщо вимоги до особистості, висунуті зовнішнім оточенням або нею самою, занадто високі, не відповідають її природним можливостям, то самовиховання не дає бажаного результату. Причина цього полягає в тому, що «пусковим механізмом» мотивації самовиховання особистості є вроджені здібності, які визначають напрям та інтенсивність дій із самовдосконалення [2, с. 17].

В. Швачка мотивом правового самовиховання називає «глибоке усвідомлене внутрішнє переконання особи у необхідності систематичної цілеспрямованої роботи над собою» [4, с. 117]. На нашу думку, у такому контексті слід вести мову не про мотив, а про правову установку.

До мотивів самовиховання науковці відносять: вимоги суспільної моралі; домагання визнання колективом; змагання; усвідомлення

невідповідності власних сил вимогам діяльності; ідеал [5, с. 77].

Можливі різні шляхи становлення мотивів правового самовиховання молоді. В одних випадках мотивація виникає як наслідок високого рівня розвитку таких особистісних якостей людини, як почуття відповідальності, обов'язку, чистолобства тощо; в інших – може бути пов'язана із зовнішніми чинниками, наприклад правовими успіхами одногрупників і друзів, спілкуванням із професійними юристами, викладачами, обізнаними у правовій сфері громадянами з високими моральними якостями, які є взірцем для наслідування.

Слід розрізняти мотиви правомірної поведінки та мотиви правового самовиховання, хоча вони, безумовно, є близькими, оскільки входять до однієї сфери – правової. Крім того, за своєю суттю правомірна поведінка є складовою правового самовиховання. Спробуємо прослідкувати взаємозв'язок мотивів цих двох процесів.

Мотиви правового самовиховання ми класифікуємо таким чином:

мотиви, опосередковані вимогами зовнішнього середовища: психологічна потреба людини бути визнаною соціумом високоосвіченим, високomorальним громадянином, кращим за інших, схожим на ідеал, здатним до саморозвитку та самовдосконалення. Така мотивація має позитивний зміст; бажання підвищити рівень правових знань із метою уникнення відповідальності за порушення правових норм. Цей мотив носить негативний характер, хоча за його допомогою і досягається одне із завдань правового самовиховання; необхідність бути конкурентоспроможним у професійному сенсі, у тому числі, викликана бажанням матеріального збагачення;

мотиви, зумовлені внутрішніми потребами людини: аксіологічні, що полягають у повазі до права як соціальної цінності громадянського суспільства; для задоволення пізнавальних інтересів; усвідомлення невідповідності існуючого рівня правосвідомості та правової культури бажаному; необхідність постійного самовдосконалення, у тому числі правового.

Розглянемо мотиви правомірної поведінки як однієї з цілей правового самовиховання. Науковці називають кілька різновидів її мотивів: вимушена необхідність (закон не порушується доти, доки за особою здійснюється контроль); правовий обов'язок (норма права виконується без усвідомлення її змісту як обов'язок, часом неприємний); комунікативні (виконання закону заради практичного розрахунку, споживачьких інтересів); престижні (норма права виконується, щоб не втратити довіру близьких, зберегти гарну репутацію в суспільстві) [6, с. 105–106]; ціннісно-правові (усвідомлення соціальної цінності права, прагнення до глибокого розуміння його, бажання брати участь у зміцненні правопорядку); невизначено-позитивні (пра-

вoмiрна поведінка у таких випадках є результатом пристосування до зовнішніх обставин, але не свідченням високого рівня правових переконань, усвідомленості та правової вихованості особистості; вони відображають пасивне сприйняття особистістю поведінкових стереотипів, тобто таких взірців поведінки, які найчастіше застосовуються) [7, с. 90–92]. Автори цієї класифікації стверджують, що поведінка, яка ґрунтується на такій мотивації, є також соціально-бажаною, отже, підстав для засудження мотивації правомірності поведінки немає.

Незважаючи на об'єктивне існування таких видів мотивів, не можемо погодитися із їх соціальною бажаністю повною мірою. Слід зазначити, що згадані праці були створені у середині 80-х – на початку 90-х років ХХ ст., тобто за часів, що характеризувалися зміною політичного ладу та докорінним переосмисленням суспільством системи цінностей. На нашу думку, поведінка людини, що ґрунтується на мотивах остраху застосування заходів примусу відповідними державними органами є характерною для антидемократичних режимів. Особа ж у розвинутому громадянському суспільстві повинна у своїх діях керуватися глибокою переконаністю у необхідності правомірної поведінки, усвідомленням цінності права й іншої людини. Так само, якщо правове самонавчання зумовлене бажанням у майбутньому уникнути покарання за порушення закону, то відповідну мотивацію ми також кваліфікуємо як таку, що суперечить правовиховній меті. Отже, досліджувані мотиви правомірної поведінки та правового самовиховання, будучи зовні соціально бажаними, не є такими у контексті формування громадянського суспільства, а тому розглядаються нами як мотиви можливі, але не ідеальні.

За результатами проведеного нами у грудні 2009 р. – січні 2010 р. соціологічного дослідження серед студентів одного з вищих навчальних закладів на тему «Правове самовиховання студентської молоді» визначені основні мотиви правового самовиховання студентів і перешкоди, що стоять на шляху до його реалізації.

На питання «Що найбільшою мірою спонукає Вас до правового самовиховання?» були отримані такі відповіді: брак правових знань (16,83 %); внутрішнє переконання у необхідності саморозвитку та самовдосконалення (40,73 %); бажання бути у майбутньому конкурентоспроможним у професійному сенсі (38,05 %). Серед інших відповідей (4,39 %) переважали поєднання попередніх варіантів.

Оскільки студенти за своїм складом є неоднорідною соціальною групою, актуалізується потреба розкриття особливостей мотивації правового самовиховання за такими ознаками, як форма навчання, стать, участь в органах студентського самоврядування, досвід роботи, сімейний стан і наявність дітей. Результати такого аналізу наведені на рис. 1.

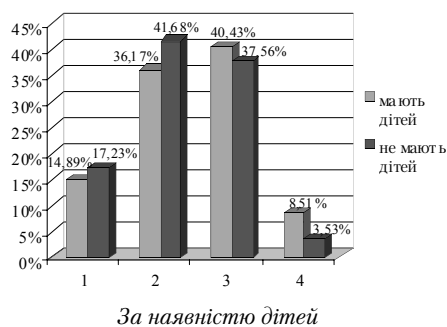
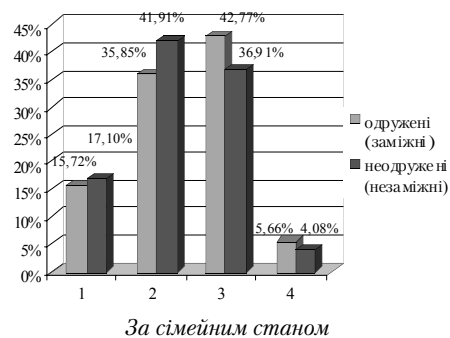
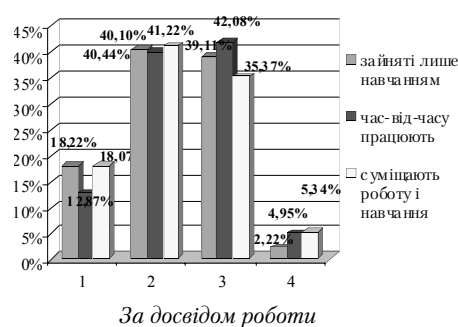
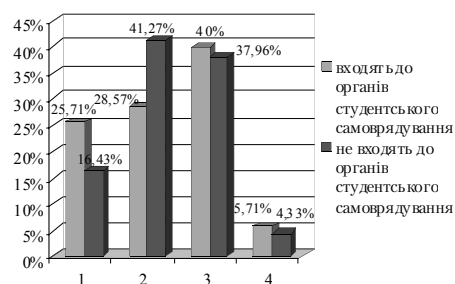
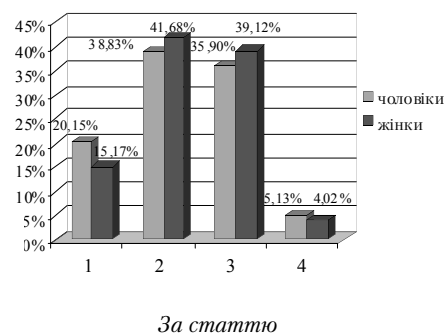
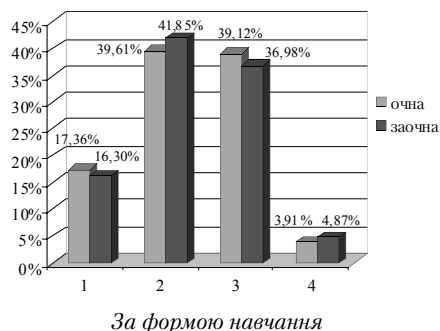


Рис. 1. Відповіді на питання «Що найбільшою мірою спонукає Вас до правового самовиховання?» за різними ознаками

(1 – брак правових знань; 2 – внутрішнє переконання у необхідності постійного саморозвитку та самовдосконалення; 3 – бажання бути у майбутньому конкурентоспроможним у професійному сенсі; 4 – інша відповідь)

Узагальнюючи наведені дані, зазначимо: студенти очної форми навчання більше, ніж заочники, переймаються бажанням професійної реалізації та браком правових знань. Подібні результати спостерігаються і серед опитаних у розрізі досвіду роботи, оскільки, як правило, студенти очної форми навчання відносяться до категорії тих, хто «зайнятий лише навчанням» або «час-від-часу працює», а заочники, відповідно, до тих, хто «суміщає роботу та навчання». Такий стан ми пояснюємо проходженням більшого ступеня соціалізації студентами-заоч-

никами, які, переважно маючи вже стабільну роботу, починають замислюватися над самовдосконаленням поза межами професійної самореалізації.

Те, що жінок більше, ніж чоловіків, до правового самовиховання спонукає «внутрішнє переконання» є показовим при аналізі загальних тенденцій гендерних особливостей молоді. Дівчата відповідальніше ставляться до навчання та виховання, у тому числі самовиховання. Хлопці ж із меншим ентузіазмом беруться за досягнення доволі абстрактних цілей.

Логічним є подібність відповідей одружених (заміжних) респондентів і тих, які мають дітей. Щоправда, одружені (заміжні) студенти більшою мірою у правовому самовихованні вмотивовані перспективами професійного зростання. На нашу думку, це пов'язано із тим, що новий для молодого людини статус сім'янина викликає бажання та створює об'єктивну потребу в матеріальних благах, отже, й у кар'єрному просуванні. З появою дітей молоді більше зорієнтовані на вирішення внутрішньосімейних проблем, хоча «бажання бути конкурентоспроможним у майбутньому у професійному сенсі» продовжує домінувати над іншими мотивами.

Найсуттєвіші відхилення від загальних результатів анкетування виявлені у відповідях студентів – учасників студентського самоврядування. Вони більше, ніж представники інших категорій респондентів, занепокоєні браком

своїх правових знань, але й менше за інших переймаються необхідністю постійного саморозвитку та самовдосконалення. На нашу думку, таку ситуацію можна пояснити декількома чинниками. По-перше, участь у діяльності органів студентського самоврядування як форма активної правомірної діяльності актуалізує необхідність усунення прогалин у знаннях щодо локальної нормотворчості та правозастосування. По-друге, брак внутрішнього переконання у необхідності правового самовдосконалення детермінована, на нашу думку, наявністю доволі великого відсотка амбітних учасників студентського самоврядування, зорієнтованих на отримання владних повноважень і кар'єрний ріст. При цьому молоді люди нехтують роботою над своїм внутрішнім світом, над свідомістю.

Результати аналізу відповідей на питання анкети «Що заважає Вам займатися правовим

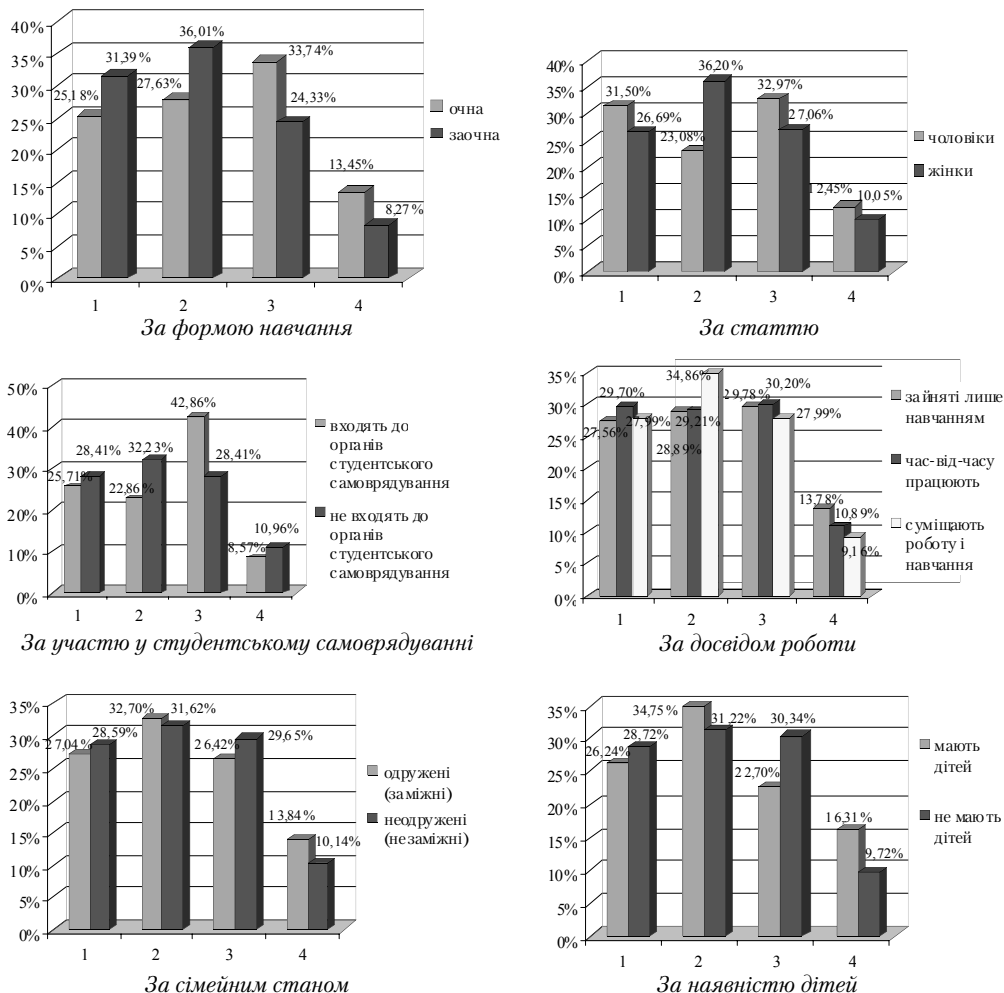


Рис. 2. Відповіді на питання «Що заважає Вам займатися правовим самовихованням?» за різними ознаками

(1 – відсутність потреби; 2 – відсутність навичок організації такого процесу; 3 – лінощі; 4 – інша відповідь)

самовихованням?» мають такий вигляд: відсутність потреби (28,29 %); відсутність навичок організації такого процесу (31,83 %); лінощі (29,02 %). Серед інших відповідей (10,85 %) приблизно у рівних частинах зазначалися «брак часу» та «нічого не заважає. Я займаюся правовим самовихованням». Отже, за словами респондентів, вказані чинники майже однаковою мірою перешкоджають правовому самовихованню студентської молоді. Разом із тим аналіз наступних анкетних даних свідчить, що переважна більшість опитаних (58,41 %) не змогла навіть у загальному вигляді окреслити перспективний план свого правового самовиховання (рис. 2). Це ще раз свідчить про необхідність керівництва процесом правового самовиховання студентської молоді, роз'яснення особливостей його форм, методів, прийомів, етапів тощо.

Отже, можемо зробити висновок про те, що для студентів заочної форми навчання основною перешкодою при правовому самовихованні є відсутність навичок організації, на другому місці – відсутність потреби, на третьому – лінощі. Респонденти очної форми навчання проанжували, відповідно, так: лінощі, відсутність навичок в організації, відсутність потреби. Ці результати подібні до даних, отриманих при аналізі питання у контексті досвіду роботи молоді. На нашу думку, це свідчить про серйозніше ставлення заочників до власного розвитку та правового самовиховання як одного із шляхів самовдосконалення. Також у цієї категорії студентів об'єктивно існує більше потреб у підвищенні рівня правової культури, зумовлених багатоманітністю комунікативних зв'язків, що вимагають знань і вмінь у різних сферах правової діяльності.

Нашу тезу про те, що жінки відповідальніше ставляться до свого навчання та виховання, підтверджують і такі дані: жінки зізнаються у невмінні організувати роботу над правовим самовихованням, чоловіків же більшою мірою стримують лінощі та відсутність потреби.

Як і при аналізі результатів першого питання, подібними виявилися отримані дані одружених (заміжніх) і респондентів, які мають дітей та, відповідно, неодружених (незаміжніх) і тих, які дітей не мають. Порівняння цих показників із загальними результатами, дозволяє стверджувати: суттєвої різниці у відповідях на питання про проблеми, що заважають правовому самовихованню, між одруженими (заміж-

німи) і неодруженими (незаміжніми) студентами немає. Логічним є те, що респонденти, які мають дітей, зазначають як перешкоду на шляху до самовиховання брак часу. А те, що кількість відповідей «лінощі» для зазначеної категорії студентів на 6,3 % менше за середній показник, є свідченням зрілості таких респондентів і більш адекватної оцінки наявних проблем у сфері мотивації правового самовиховання.

Найбільші відхилення від середніх показників отримані при аналізі відповідей студентів – учасників студентського самоврядування. Викликає занепокоєння високий відсоток обрання варіанту «лінощі» та порівняно невеликий – «відсутність навичок в організації такого процесу». Адже така категорія осіб характеризується активною життєвою позицією, є прикладом для наслідування іншими студентами, оскільки представляє їх інтереси у зносинах із адміністрацією вищого навчального закладу, іншими органами й організаціями.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що питання мотивації правового самовиховання та правового виховання в цілому потребують подальшого теоретичного обґрунтування та розроблення механізмів їх практичного втілення, вироблення рекомендацій з підвищення рівня правової культури, правосвідомості молоді, спонукання її до постійного правового самовдосконалення.

Література

1. Мкртумян Р. С. Социально-психологические аспекты правомерного поведения // Право и государство: теория и практика. – 2008. – № 6. – С. 12–14.
2. Беспалько В. П. Психологические парадоксы образования // Педагогика. – 2000. – № 5. – С. 15–21.
3. Маслоу А. Самоактуализация // Психология личности. – М., 1982. – С. 108–117.
4. Швачка В. Ю. Правовая социализация особи в современных условиях: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 198 с.
5. Ковалев А. Личность воспитывает себя. – М., 1983. – 256 с.
6. Головченко В. В., Нелін Г. І., Нелін М. І. Правове виховання учнівської молоді: питання методології та методики. – К., 1993. – 134 с.
7. Головченко В. В. Эффективность правового воспитания: понятие, критерии, методика измерения. – К., 1985. – 128 с.

The article analyses the motives of legal selfeducation of student's youth, their classification is presented. The author defines feature's motivation of legal selfeducation's modern students on the basis of the spent sociological interrogation.

В статтє анализируются мотивы правового самовоспитания студенческой молодежи. На основании проведенного социологического опроса определяются особенности мотивации правового самовоспитания современного студенчества.



ПОНЯТТЯ СУБ'ЄКТА МАРГІНАЛЬНОЇ ПОВЕДІНКИ

Георгій Зубко,

*ад'юнкт кафедри теорії та історії держави і права
Національної академії внутрішніх справ*

У статті досліджуються етапи маргіналізації особи, аналізуються соціальні процеси, що сприяють маргінальній поведінці особи, формулюється поняття «суб'єкт маргінальної поведінки».

Ключові слова: маргінальна поведінка, маргінальність, суб'єкт, процес, мотиви, потреба.

В юридичній літературі, незважаючи на те, що маргінальна поведінка є різновидом правомірної поведінки особи, до суб'єктів такої поведінки, як правило, відносять певні категорії громадян. Не можемо з цим погодитись, оскільки, для більш точного визначення маргінальності й її впливу на суспільні відносини не можна обмежуватися лише соціологічним і кримінологічним використанням зазначеного поняття.

Маргінальні процеси в суспільстві розглядаються різними юридичними науками, проте саме наука «Теорія держави і права» при дослідженні теми правової поведінки особи має дати визначення суб'єкта маргінальної поведінки та дослідити її основні ознаки.

|| **Метою цієї статті** є формулювання поняття суб'єкта маргінальної поведінки.

У процесі дослідження суб'єкта маргінальної поведінки використовувалися статистичні дані, інтернет-джерела та роботи теоретиків права, зокрема таких учених, як: В. Оксамитного, Є. Балабанова, З. Голенкова, Е. Стоунквіст та ін.

Усвідомлення цінності права, визнання загальнолюдських цінностей і суспільних інтересів як основних є головною умовою правомірної поведінки людей. Сучасні реалії соціального життя в Україні негативним чином впливають і на морально-мотиваційну сферу населення. Невизначеність і розмивання даної сфери призводить до зміни та модифікації соціальних пріоритетів громадян із стійкою правомірною поведінкою.

Більшість населення не має можливості належним чином реалізувати свої права та свободи, задовольнити потреби і законні інтереси, не відчуває себе у безпеці, не вважає, що приписи нормативно-правових актів слід беззаперечно втілювати в життя, оскільки останні порушують їх права та свободи. Через прогалини в законодавстві, ко-

рупцію, латентність значної кількості правопорушень, неспроможність правоохоронних органів належним чином виконувати покладені на них завдання у суспільстві відбувається трансформація основних цінностей: свобода особистості замінюється безпекою, а матеріальне благополуччя стає найпріоритетнішою цінністю українців.

Під час задоволення потреб вирішальне значення в обранні моделі поведінки мають спрямованість та установки особистості. Якщо суб'єкт має установку на правомірну поведінку, він ніколи не вчинить правопорушення, навіть якщо такий шлях дозволить йому легше досягти поставленої мети. Разом із тим навколишня дійсність справляє на особу певний вплив і може зумовити зміну ціннісних орієнтирів, трансформувати правомірну поведінку з активної (принципової) у маргінальну. Остання характеризується формальним дотриманням приписів правових норм і відсутністю відповідної установки особистості на правомірну поведінку. У випадку, коли особа не здатна подолати тяжкі життєві обставини, вони призводять до того, що спочатку матеріальний, а потім і культурний, духовний та інші рівні поступово знижується. Ієрархія цінностей трансформується, змінюються потреби та моральні принципи, може змінитися також сприйняття навколишнього світу. Пріоритетними стають індивідуальні потреби й у випадку, коли задовольнити їх законними способами неможливо, маргінал, у якого відсутня система внутрішнього самоконтролю, може вчинити правопорушення. Для такої особи при виборі моделі поведінки важлива значущість тих чи інших дій. Маргіналізація особи передбачає такі етапи:

- створення власного світу з одночасним руйнуванням попередніх відносин і зв'язків;
- вибір неправомірної поведінки та відмова від дотримання чи виконання приписів норм права.

На сучасному етапі нормою життя стало отримання доходів, що не пов'язані з трудовою, підприємницькою діяльністю чи отриманням допомоги по безробіттю. Громадяни України не вважають за потрібне після втрати роботи реєструватись у відповідних органах оскільки не вірять у реальність допомоги з працевлаштування.

У суспільстві вчиняється значна кількість латентних правопорушень: використання власного автомобіля для отримання прибутку, репетиторство, вирощування та продаж сільськогосподарської продукції, виробництво та реалізація певних виробів тощо. Фактично йдеться про різновиди підприємницької діяльності, проте особи, які займаються такою діяльністю, не зареєстровані як підприємці, а тому не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Економічна криза та хибна економічна політика з боку державних органів і посадових осіб призвела до збільшення розмірів «соціального дна»; саме через це більшість членів суспільства можна вважати соціальними маргіналами. Такі особи схильні до вчинення правопорушень, оскільки в їх свідомості розмита межа між злочинністю та віктимністю.

На жаль, посадові особи державних органів усіх рівнів безпосередньо подають приклад і провокують зневажливе ставлення до чинних норм права у громадян нашої країни. Відсутність єдиної національної ідеології в суспільстві створює передумови формуванню антагоністичних світоглядів громадян із різних соціальних прошарків чи різних регіонів проживання.

Недосконалість національного законодавства призводить до виникнення можливостей уникнення юридичної відповідальності у випадку вчинення суспільно шкідливого діяння. Втрата документів посадовими особами, використання службового становища, незаконне звільнення, відмова від офіційного працевлаштування, корупційні дії зумовлюють порушення законодавства та прав і свобод людини, громадянина. Особи, які безкарно вчиняють проступки, поступово втрачають переконаність у необхідності дотримуватися чи виконувати приписи норм права, а тому їх легко схилити до вчинення злочину.

Певні види правопорушень стали повсякденними у нашому житті (наприклад, порушення правил дорожнього руху). Ухилення від сплати податків сприймається не як правопорушення, а як відновлення «справедливості». На запитання хто, на Вашу думку, винен: особа, яка приховує частину свого прибутку, щоб уникнути сплати податків на них, чи держава, що встановила податки без урахування інтересів громадян, 52 % опитаних

відповіли, що винувата держава; 26 % – особа, а 36,7 % переконані, що такого роду обман морально виправданий [1]. Незважаючи на негативне ставлення суспільства до хабарництва, «корупційна активність» поширена серед населення різних регіонів, у місті та на селі. Дещо більше схильні до дачі хабарів молодь і люди середнього віку, менше – найстарші. Поширеність дачі хабарів дещо вища серед населення з середнім матеріальним статусом, але навіть люди з найнижчим матеріальним статусом теж змушені давати хабарі чи дарунки [2].

Як правова, так й інші типи маргіальності (соціальна, культурна тощо) тим чи іншим чином впливають на психічний стан людини, руйнуючи існуючу організацію життєдіяльності соціуму, породжуючи відчуття відчаю, несправедливості, безвиході. В такому випадку для задоволення власних потреб людина вже психічно готова до вчинення правопорушення. В Україні 70 % населення перебуває у стані психоемоційного та соціального стресу, що зумовлює зростання депресій, психозів, тяжких неврозів, психосоматичних розладів [3].

Населення України взяло на озброєння політику пристосування до існуючих порядків. У свідомості більшості населення вкорінилося переконання, що можна порушувати закон, якщо це не спричинить для правопорушника певних шкідливих наслідків або йому взагалі вдасться уникнути покарання. Останнє дослідження, що проводилося ще у червні 2007 р., визначило рівень довіри до правоохоронних органів України. Так, 32,4 % респондентів довіряють Службі безпеки, 24 – міліції, 23,4 – Конституційному Суду, 19,6 – прокуратурі, 19,4 % – суду взагалі. У той самий час не довіряють суду – 62,7 %, міліції – 61,4, прокуратурі – 58, Конституційному Суду – 52,9, СБУ – 45,6 % [4]. Такі соціальні процеси призводять до того, що загальнолюдські цінності (справедливість, рівність усіх перед законом і судом, беззаперечне дотримання прав і свобод людини та громадянина) відходять на другий план. У ці цінності вже не вірять, а тому і не дотримуються їх.

Пристосовництво до реалій сьогодення є основою життєдіяльності більшості громадян, що спричиняє деформацію загальнолюдських цінностей, схильність до вчинення правопорушень. Судова гілка влади, основним завданням якої є захист прав і свобод громадян, не може в повному обсязі виконувати покладені на неї функції, оскільки в наш час судовий розгляд справи займає багато часу та потребує від правомочної особи значних фізичних і моральних витрат. Саме тому більшість населення при порушенні їх конституційних прав воліють нікуди не зверта-

тися. Легітимні способи захисту порушених прав не користуються популярністю у зв'язку з ослабленням ролі соціальних інститутів, що створюються з метою гарантування та захисту прав, свобод і законних інтересів громадян.

В основі піраміди потреб людини, що була запропонована А. Маслоу, покладені фізіологічні (органічні) потреби людини (голод, спрага, статевий потяг тощо). На другому рівні знаходяться потреби безпеки – відчувати себе захищеним, позбавитися від страху та невдач. Третій рівень – це потреби в належності та любові (належність до спільноти, кохати та бути коханим, бути прийнятим). Четвертий рівень – потреба в повазі (шануванні) – компетентність, досягнення успіху, визнання, схвалення. І лише на п'ятому рівні знаходяться потреби в пізнанні (знати, вміти, розуміти, досліджувати). Шостий рівень – естетичні потреби (гармонія, порядок, краса). Сьомий рівень відповідає за потреби самоактуалізації (реалізація своїх цілей, здібностей, розвиток власної особистості) [5].

Безумовно, без задоволення найнижчих потреб про духовний розвиток особистості не може бути й мови. Зважаючи на кризовий стан держави, сьогодні навіть елементарні потреби особистості не можуть бути задоволені в повному обсязі, а тому громадяни спрямовують свої зусилля на подолання такого «несправедливого» стану. Вважаючи матеріальне благополуччя основною цінністю, оскільки воно гарантує захист прав і свобод, забезпечує певну захищеність і прихильність державних інституцій, громадяни не зупиняються навіть перед порушенням моральних та правових норм для його досягнення.

Мотиви поведінки зумовлені об'єктивною дійсністю: низька заробітна плата, необхідність зв'язків для вирішення певних проблем, несправедливість і нечесність. Усе це призводить до того, що людина бачить для себе єдиний вихід – вчинення правопорушення. Суб'єкт маргінальної поведінки має власну систему цінностей, що часто суперечить нормам і пріоритетам суспільства. Ця система базується на індивідуалізмі, егоїзмі, запереченні цінності законності та правопорядку.

Stages of a marginalization of the person are investigated. Social processes which marginalizations of the person promote are analysed. The concept of the subject of marginal behavior is formulated.

В статье исследуются этапы маргинализации личности, анализируются социальные процессы, способствующие маргинализации личности, формулируется понятие «субъект маргинального поведения».

Маргіальність має специфічну особливість, вона є внутрішнім психологічним станом особи по відношенню до зовнішніх умов життєдіяльності. Коли особа перебуває у внутрішньому конфлікті між бажаною та належною поведінкою, вона приймає рішення залежно від цінностей, що є пріоритетними в її ієрархії. Для суб'єкта маргінальної поведінки, який має власну систему цінностей, вчинення правопорушення є одним із можливих способів досягнення поставленої мети. Проте за допомогою внутрішнього самоконтролю суб'єкт маргінальної поведінки не вчиняє правопорушення через небажання нести юридичну відповідальність за свої протиправні дії.

Суб'єкт маргінальної поведінки – це особа, яка має деформований стан правосвідомості, зневажає чинні норми права і не порушує їх лише через небажання нести юридичну відповідальність. Виходячи з цього визначення, слід констатувати, що суб'єктами маргінальної поведінки, на жаль, є більшість населення нашої країни.

Відсутність виваженої правової політики держави щодо підвищення рівня правової культури та правової свідомості українського суспільства зумовили те, що права, свободи та законні інтереси особи залишаються в більшому ступені декларативними, а зневага до норм права у суспільства зростає.

Література

1. Панчук П. «Закон пирога» і «розбудова» української держави. – Режим доступу: <http://narodna.pravda.com.ua/economics/4b33e65c1a031>. – Заголовок з екрану.
2. Звіт за результатами дослідження «Корупція та корупційні ризики в державних адміністративних органах: громадська думка населення України, підприємців, експертів». Підготував Фонд «Демократичні ініціативи». – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/21891>. – Заголовок з екрану.
3. Чи можна бути здоровим за 20 копійок на рік? // Дзеркало тижня. – 2002. – № 21.
4. В Україні довіряють церкві, а не політикам. – Режим доступу: <http://tsn.ua/ukrayina/v-ukrayini-dovirayut-tserkvi-a-ne-politikam.html>. – Заголовок з екрану.
5. Піраміда Маслоу. – Режим доступу: <http://brv.ucoz.ua/news/2009-08-25-21>. – Заголовок з екрану.



ПОЛІСЕМІЯ ПРАВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІДНОСНО САНКЦІЇ

Правомир Косянчук,

*асистент кафедри теорії та історії держави і права
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

У статті розглядаються окремі семіотичні питання правобуття правної відповідальності, пов'язані з її змістовним і денотатним наповненням, відносно терміна «санкція».

Ключові слова: правна відповідальність, санкції у праві, семіотика права, ономасіологія права, семасіологія права, омонімія у праві, полісемія у праві, семіозис правових знаків.

Управній системі тієї чи іншої країни важливе місце посідає інститут правної відповідальності як необхідний правоохоронний механізм, важлива гарантія прав людини й інтересів нації. У сучасному українському правознавстві однією з найактуальніших теоретичних проблем є питання наукової визначеності змісту правної відповідальності як явища у світі правної реальності. Задля забезпечення семантично-прагматичної єдності розуміння результатів дослідження слід зазначити, що у статті йтиметься лише про ретроспективну змістовну лінію терміна «правна відповідальність» відносно санкції, адже виокремлення так званих форм правної відповідальності логічно не прийнятне.

На жаль, в умовах незалежної України дослідження правної відповідальності не мали яскравого концептуального забарвлення, хоча це актуально в контексті необхідності переосмислення зазначеного явища з урахуванням нових умов правної реальності, нового досвіду, зокрема досвіду надбань європейської науки. Здебільшого дослідження провадилися в галузевих напрямках (окремих видів правної відповідальності); як правило, обиралося за основу якесь одне з бачень правної відповідальності, не завжди логічно прийняте в праві як логічній системі¹. Крім того, пропонований нині освітній, науковий продукт є яскравим свідченням необхідності переосмислення концептуальних засад правної відповідальності як поняття в аспекті її змісту та обсягу, а також відповідальності як терміна – на знаковому рівні її вираження.

Проблеми змісту правної відповідальності стали предметом наукових досліджень багатьох непересічних постатей правної науки. Серед теоретиків, які провадили безпосередні або побіжні теоретичні дослідження проблем змісту правної відповідальності, слід згадати: С. Алексєєва, Б. Базилєва, Ю. Басіна, С. Братуся, В. Грібанова, Ю. Жицінського, О. Йоффе, І. Канзафарову, О. Красавчику-

ва, В. Кудрявцева, О. Лейста, Г. Матвєєва, Н. Малєїна, Є. Мотовіловкера, П. Недбайла, В. Примака, П. Рабіновича, І. Самощенка, А. Собчака, О. Стрельника, І. Фарукшіна, А. Чіркова та ін.

З аналізу правових наукових джерел можна дійти висновку про відсутність єдності у баченні змісту поняття «правна відповідальність», про що свідчать широкомасштабні дискусії, котрі тривають вже кілька десятиріч років.

Якщо проаналізувати зміст наукових суперечок про природу правної відповідальності, які виражені на шпальтах правознавчих джерел, можна виокремити декілька семантичних напрямів – декілька основних ліній пояснення правної відповідальності. Наявність різних точок зору зумовлюється, перш за все, багатозначністю мовного вислову «відповідальність», у тому числі «відповідальність правна».

Відсутність єдності науковців щодо змісту правної відповідальності свідчить про безумовну актуальність питання науково теоретичної визначеності явища, а також про динамічні процеси правної науки. Однак важливим є питання спрямованості руху цих динамічних процесів: чи йдеться про логіко-теоретичний поступ чи про регрес. На жаль, таке розмаїття поглядів, здебільшого, пов'язане саме з браком системності в наукових концепціях, теоріях, передусім, у характері початкових понять – категорій, якими послуговуються науковці-правники, а також у неправильних² операціях щодо їх референцій. Ці категорії на термінологічному рівні часом недостатнім чином визначають перед початком дослідження, змінюють їх денотатне чи смислове значення у процесі викладу матеріалу, що породжує логічні помилки, зокрема такі, що виникають унаслідок порушення логічного правила однозначності. Багатозначність є нормальним явищем природної мови та дістало назву омонімія. Сама собою багатозначність не є вадюю, однак неухильне ставлення до цього явища може призвести до логічних помилок, зокрема тих, що

¹Алексєєв С. С. Восхождение к праву: поиски и решения. – М., 2001. – С. 16.

²У процесі здійснення яких не дотримуються правил логіки.

зумовлені недотриманням логічного правила однозначності в межах будь-якої комунікації, у тому числі наукової.

Можна виокремити такі референси «правної відповідальності»¹, як знаку:

- правна відповідальність як державний примус; правна відповідальність як захід, вид або форма державного примусу;

- правна відповідальність як санкція;
- правна відповідальність як обов'язок;
- правна відповідальність як правовазєминни; як вид, стадія, стан правовазємин тощо.

Природно, що науковці також вдаються до розгляду правної відповідальності як правоохоронного інституту. Крім того, правну відповідальність іменують гарантією або ж її реалізацією, захистом, реалізацією захисту, охорони тощо. Існують й інші пояснення правної відповідальності як явища, що впливає на правопорушення.

Між теоріями правної відповідальності як поняттями можуть бути різні види логічних зв'язків, зокрема залежно від видів понять, відповідно: між порівняними та непорівняними, сумісними та несумісними тощо.

У призмі полісемії правної відповідальності розглянемо один із напрямів розвитку дискусії про правну відповідальність у контексті питання про відношення санкції та правної відповідальності. У межах цього напрямку науковці визначають правну відповідальність як санкцію (О. Дзера, В. Грібанов, О. Іоффе, О. Красавчиков та ін.). Так, О. Іоффе вважає, що правна відповідальність – це санкція за правопорушення, але санкція – не завжди означає відповідальність, тобто родовим поняттям є санкція, але у частині відповідальності наявний видовий аспект – це не просто санкція за правопорушення, а така санкція, що тягне за собою певні втрати майнового або особистого немайнового характеру².

Наразі, у правній науці немає єдності щодо співвідношення зазначених понять, тому важливо та необхідно з'ясувати денотату та зміст багатозначного мовного вислову «санкція» з метою уникнення різного роду прагматичних парадоксів, у тому числі еквівокацій тощо. Здійснивши узагальнення поглядів на цей термін, можна вирізнити такі основні лінії його бачення: санкція як негативний наслідок правопорушення; санкція як захід впливу на правопорушника; як державний примус; санкція як частина правила.

Відносно правної відповідальності прихильники розуміння «санкції» як негативних наслідків правопорушення стверджують, що правна відповідальність – це санкція. У свою

чергу, санкція як результат правопорушення полягає в певних негативних наслідках для порушника, що виражені у несприятливому правному впливі на нього у формі певних позбавлень, обмежень особистого, майнового характеру, передбачених правовою нормою. Але негативні наслідки для порушника сконцентровані в такому елементі змісту правових стосунків як обов'язок, і не вичерпують усіх правових наслідків правопорушення – права й обов'язку. Якщо здійснити отождествлення санкції в цьому значенні із правовою відповідальністю, то правна відповідальність як явище, що виникає із правового факту – правопорушення, принаймні, не вичерпується наслідками, сконцентрованими лише в обов'язку правопорушника. Крім того, правопорушення може бути фактом, що описаний гіпотезами різних норм (як правило, регулятивних; наприклад, так звані правовідносини страхування).

Крім того, «санкцію» називають заходом впливу на особу, яка вчинила правопорушення – правопорушника. Науковці по-різному трактують зміст, а тому й обсяг санкції у цьому значенні. Так, деякі представники шанованого наукового товариства розглядають санкцію як будь-які правоохоронні заходи впливу на правопорушника, пояснюють, що серед санкцій своє місце має особливий їх різновид – правна відповідальність (наприклад, О. Іоффе, О. Красавчиков, І. Самощенко). Наприклад, О. Красавчиков вважає заходи правної відповідальності різновидом санкцій³.

Разом із тим існує думка, що санкцію не можна зводити до будь-яких правових заходів впливу на правопорушника. Слід зазначити, що правний вплив на порушника може бути здійснений у межах регулятивних правовідносин, адже з одного правового факту можуть виникати різні правовідносини. Так, Б. Базилев стверджує, що сутність санкції полягає у специфічному впливі на правопорушника, що може бути виражений у позбавленні (обмеженні) певних прав чи покладанні додаткових обов'язків⁴. Санкцію можна вважати лише різновидом серед правоохоронних заходів, що може втілюватись у правових відносинах і не забезпечуватись примусом. Іншими словами, санкцію не можна отождествлювати з іншими правоохоронними заходами, що передбачені правоохоронними нормами, зокрема заходами захисту права. Однак існує широке трактування санкції. Так, І. Самощенко вважає, що санкціями можна називати заходи, спрямовані на забез-

¹Косишук П. С. Теоретичні проблеми змісту поняття «правна відповідальність» // Актуальні питання державотворення в Україні: Збірник наук. праць міжнар. наук.-практ. конф. 24–25 квітня 2008 р. – К., 2008. – С. 25–26.

²Іоффе О. С. Обязательное право. – М., 1975. – С. 95.

³Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. – Свердловск, 1973. – С. 13.

⁴Базилев Б. Т. Юридическая ответственность: теоретические вопросы. – Красноярск, 1985. – С. 43.

печення виконання обов'язків чи у вигляді покарання за порушення правних заборон, чи інші несприятливі наслідки невиконання норм права¹.

Звісно, якщо санкцію ототожнювати із заходами впливу на правопорушника, то правну відповідальність не справедливо іменувати діянням, адже визначення правової відповідальності через правний факт не «вписується» у теорію правовідносин. Адже тоді впливає, що правний факт має правний факт – правопорушення. Крім того, слід зазначити, що «санкцію» не варто ототожнювати з державним примусом, адже санкція можлива й без державного примусу. Як зазначав С. Курілев, потрібно розрізняти обов'язковість і примусовість, адже ототожнення цих понять призводить до необґрунтованого розширення сфери примусу². Санкція – вказівка не на захід державного примусу, а на певні правні наслідки правопорушення, що можуть виникнути на основі як актів уповноважених органів (чи іншої управленої особи), так і автоматично, через закон, без втручання будь-яких органів³.

С. Алексєєв і його послідовники дійшли висновку, що необхідно відмежувати заходи примусу (санкції) до виконання обов'язку, спрямовані на відновлення порушених суб'єктивних прав потерпілого (заходи захисту суб'єктивних прав і забезпечення виконання зобов'язань)⁴, від інших, виражених у нових, таких, що обтяжують особу, обов'язках, тобто заходів правової відповідальності. Адже примусове виконання обов'язку, що забезпечує здійснення суб'єктивного права іншої особи, не є заходом правової відповідальності, бо примус до виконання обов'язку нічого не додає до його змісту, тому такий примус не може бути визнаний правовою відповідальністю⁵. Так, цивілістична конструкція «притримання» не є заходом правової відповідальності, бо спрямована на виконання основного обов'язку. Кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає переданню боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником основного обов'язку.

Існує ще один напрям розуміння санкції, який передбачає, що санкція – це частина

правної норми. Таким чином, у науковій літературі існує думка, що переросла в теорію, відповідно до якої санкція – окремий елемент правової норми, який існує нарівні з гіпотезою та диспозицією. Однак це твердження логічно не відповідає дійсності, тобто є хибним. Щоб забезпечити логічність у дослідженні, слід звернути увагу на те, що санкція насправді не є окремим елементом правової норми. Немає підстав заперечувати, що «норма не забезпечена санкцією є неповноцінною». Санкцію як складник правової норми не спростовуємо, але заперечуємо її самостійність, що ніби існує нарівні з гіпотезою та диспозицією. Насправді, санкція як вказівка на певні правні наслідки знаходить себе на рівні диспозиції так званої охоронної норми. На жаль, такої обґрунтованої та виправданої позиції дотримуються не всі науковці.

Аналіз наукових досліджень, у яких згадується мереологія правової норми, свідчить, що для переважної більшості науковців ідея тричленності обов'язкового правила стала «непохитною істиною», аксіомою, як постулат, що не потребує обґрунтування, як щось саме собою зрозуміле. Однак, Є. Мотовіловкер зазначає, що це не більше ніж точка зору, яка не витримує логічного аналізу, а тому зазнає спростування⁶. Не вдаючись до викладу цього питання, окреслимо основні положення концепції щодо структури норми в контексті санкції. Це має принципове значення для розуміння правової відповідальності.

Як відомо, науковці вважають, що кожна норма у своїй архітектоніці містить три елементи: гіпотезу, диспозицію та санкцію. Справедливо кажуть, що «немає права поза правовідносинами»⁷. Отже, норма має втілюватись у правовідносинах і, безумовно, з усім добром компонентів у своїй композиції. Таким чином, реалізація норми – це і реалізація її елементів. Є. Мотовіловкер вважає на те, що нормальний хід правовідносин зовсім не пов'язаний з актуалізацією санкції. Правовідносини можуть виникнути, припинитись, але санкція залишитися нереалізованою, тобто вона функційно себе не виправдала, а тому навряд чи може вважатись елементом відповідної норми, що втілюється у цих правовідносинах. Санкцію за певних умов задіює правний факт (правопорушення), що перешкоджає реалізації первинних прав і обов'язків. Але це вже нове правне явище, виражене іншою гіпотезою, а нововиниклі правовідносини є вже іншими, ніж первинні (регулятивні). Власне це і спонукає до переосмислення структури правової норми, яка насправді є двочленною. Вона складається з гіпотези та диспозиції. При цьому те, що на-

¹Самощенко І. С. Охрана режима законности Советским государством. – М., 1960. – С. 72.

²Курілев С. В. Санкция как элемент правовой нормы // Советское государство и право. – 1964. – № 8. – С. 49.

³Там само.

⁴Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. – М., 1976. – С. 8.

⁵Иоффе О. С. Вина и ответственность по советскому праву // Советское государство и право. – 1972. – № 9. – С. 38.

⁶Мотовіловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. – Воронеж, 1990. – С. 5.

⁷Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М., 1974. – 340 с.

зивають санкцією, є диспозицією особливого виду правних норм, чия гіпотеза завжди вказує або на факт правопорушення, або на обставини, що перешкоджають реалізації первинних прав і обов'язків¹. Ця диспозиція передбачає певні негативні наслідки для порушника (у формі певних карних або компенсаційних обтяжень). Неоціненний за змістом логічний аналіз цієї проблеми здійснив згадуваний Є. Мотовіловкер. Проблема структури правної норми він аналізує засобами формальної, діалектичної та символічної логіки. Так, зокрема, він дійшов висновку, що ні гіпотеза, ні диспозиція логічно безпосередньо з санкцією не пов'язані: гіпотеза – оскільки вона є умовою, що породжує диспозицію; диспозиція – оскільки вона як структурний елемент є правовим наслідком, що завершує нормативне розпорядження. Іншими словами, диспозиція сама собою логічно не здатна зумовити санкцію. У зв'язку з цим можна зробити висновок, що санкція у поєднанні з гіпотезою і диспозицією залишається без своєї логічної підстави², що свідчить про нелогічність системи як сукупності елементів, які, взаємодіючи між собою, мали би забезпечувати її цілісність і функційність. Отже, концепція тричленності правної норми не може виразити правну норму як архітектоніку, як спосіб зв'язку певних елементів, бо така модель структури норми містить у собі логічну прогалину відносно «диспозиція – санкція». Таким чином, має бути ще один нормативний елемент, здатний усунути «розрив» у структурі та логічно зумовити санкцію. Ним є заперечення диспозиції, тобто вказівка на обставини, що відхиляють виконання первинних правних прав та обов'язків. Зрозуміло, що необхідний елемент диспозицією не охоплюється, оскільки перебуває за її межами, адже диспозиція не може містити в собі своє власне заперечення³.

Поняття санкції у даному випадку розглядають як диспозицію певної охоронної правної норми, що втілюється в конкретних правовідносинах – правах і обов'язках, у правній відповідальності. Однак, на нашу думку, санкцією слід іменувати диспозицію не будь-якої охоронної норми, а лише тієї, яка в

обов'язку передбачає негативні наслідки для порушника, що виражені у несприятливому правному впливі на нього, у формі певних позбавлень, обмежень особистого, майнового характеру, що не пов'язані з виконанням регулятивного обов'язку; це не будь-які правоохоронні заходи (тобто не заходи захисту, не засоби забезпечення виконання зобов'язань, не певні процесуальні заходи щодо особи в контексті вчиненого правопорушення), а ті, що впливають з обов'язку (якого не існувало до правопорушення перед носієм права) у порушника бути покараним (наприклад, штраф, позбутися права тощо) або здійснити поновлення правового становища, якщо неможливо вжити заходів захисту права – коли не можна виконати регулятивний обов'язок у натурі (наприклад, при спричиненні шкоди) або ж коли регулятивне право особи було припинене (наприклад, у разі знищення речі).

Згадувані визначення потребують логічного розвитку й узагальнення, а власне природа правної відповідальності може знайти своє повноцінне буття лише в тій концепції правної відповідальності, для якої родовим поняттям будуть правовзаємини.

Таким чином, *санкція – диспозиція охоронної норми, що передбачає не пов'язані з виконанням основного обов'язку (у тому числі із забезпеченням виконання обов'язку) в регулятивних правовідносинах (чи то з захистом права в охоронних правовідносинах) обмеження або позбавлення особистого, майнового характеру (кара або компенсація становища) – обов'язок (який кореспондує праву управленої особи) і право управленої особи (вимагати реалізації такого обов'язку)*. З огляду на запропоноване визначення, лише за умови реалізації диспозиції відповідної охоронної норми у правовідносинах, відповідальність можна позначити терміном «санкція». Навіть не саму реалізацію, а активацію результату (права й обов'язку) реалізації – правовідносин. Лише у такому разі обсяги понять «санкція» та «правна відповідальність» будуть тотожні.

Отже, перед сучасною українською правовою наукою повинно постати серйозне завдання щодо переосмислення природи «правної відповідальності» в контексті необхідності забезпечення семіотичної визначеності на рівні референсу та референту цього знаку, зокрема щодо правної відповідальності та санкції.

¹Курылев С. В. О структуре юридической нормы // Труды Иркутск. ун-та. – Иркутск, 1958. – Т. 27, вып. 4.

²Мотовіловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. – Воронеж, 1990. – С. 7.

³Там само.

In this article the author observes some semiotic questions of law being of «legal responsibility», in particular those, that related to its semantic content and denotation in relation to the term «sanction».

В статье рассматриваются отдельные семиотические вопросы правового бытия правовой ответственности, в частности связанные с ее смысловым и денотатным наполнением, в отношении к термину «санкция».



УКРАЇНСЬКІ ЖІНКИ ЯК СУБ'ЄКТИ СЛУЖБОВО-ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН (друга половина XIX – початок XX ст.)

Олександра Нестерцова-Собакарь,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Донецького юридичного інституту
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті досліджується питання розвитку правової регламентації службово-трудової діяльності українських жінок у другій половині XIX – на початку XX ст., аналізуються зміни законодавства та правової практики, що відбувалися у цей період.

Ключові слова: жінка, службово-трудова діяльність, законодавство, правовідносини, права, обов'язки, рівноправ'я.

Розвиток капіталістичного способу виробництва означав, окрім іншого, створення великої кількості нових робочих місць. Потреба в робочій силі зумовлювала зміни в суспільній ситуації, з'явилася можливість більш широкого залучення жінок до трудової діяльності у промисловості, торгівлі, на транспорті тощо, виникали відповідні трудові правовідносини.

Питання розвитку правової регламентації службово-трудової діяльності українських жінок у другій половині XIX – на початку XX ст. окреслено у наукових роботах дослідників різних періодів, зокрема О. Головка, О. Дашковської, Н. Єрошкіна, К. Левченко, І. Новик, К. Победоносцева, М. Покровської, А. Полянського, В. Хвостова, О. Шабанової, Г. Шершеневича, О. Ярмиша, але в сучасній історико-правовій науці окреслена проблематика розроблена доволі фрагментарно й епізодично.

Мета цієї статті – простежити зміни законодавства та правової практики другої половини XIX – початку XX ст. щодо залучення жінок до службово-трудової діяльності як важливого чинника прогресу в досягненні рівноправ'я жінок і чоловіків.

Реформи 60–70-х років XIX ст. торкнулися, насамперед, перетворень у державному апараті. Вони мали буржуазну спрямованість. Це стосувалося зокрема низки фінансових реформ: банківської 1860 р., яка призвела до суттєвих змін в організації та регламентуванні установ Державного банку, сформувала мережу його органів (контор і відділень) на місцях; бюджетної першої половини 60-х років XIX ст.; реформи Державного контролю, яка започаткувала систему

його місцевих органів; акцизної 1861 р., що кардинально змінила систему непрямого оподаткування, зосередивши її в руках держави [1, с. 405].

Особливе значення мала реформа місцевого управління: «Реформа місцевого державного управління була спричинена не тільки крайньою ефективністю місцевого державного апарату, перш за все загальної адміністрації, а й завданнями забезпечити на місцях проведення таких кардинально модернізаторських акцій, як реформи 60-х–70-х рр. XIX ст.» [2, с. 92].

Таким чином, створювалися об'єктивні передумови для збільшення кількості кваліфікованих державних службовців і допоміжного й обслуговуючого персоналу в органах місцевої державної адміністрації та самоврядування. Жінки ставали для цього своєрідним потенційним кадровим резервом. Як зазначав М. Єрошкін, у складі бюрократії, як і раніше, переважали дворяни – чиновники, але поруч з цим з'явилися нові прошарки. Одну з них складала так звана плутократія (багаті люди з буржуазії), другу – «третій елемент» – вільнонайманий персонал органів самоврядування (лікарі, вчителі, агрономи та ін). Уже з 60-х років у державному апараті з'явилися жінки (рахівничий персонал Державного контролю). Наприкінці XIX ст. на державній службі перебувало 38 тис. жінок (навчальні та медичні заклади, пошта, телеграф та ін.) [3, с. 195]. Таким чином, почалося залучення жінок до державної служби.

У зв'язку зі становленням у Російській імперії системи вищої освіти в вигляді жіночих курсів з підготовки різних фахівців на початку XX ст., розширюється і сфера трудової зайнятості жінок. У 1903 р. їм надано право викладати у старших класах жіночих гім-

назій, але лише у 1911 р. встановлено особливе звання вчительки середньої школи, що давало право викладати в середніх чоловічих і жіночих навчальних закладах [4, с. 228].

Низку законодавчих та інших нормативно-правових актів, що розширювали можливості жінки в Російській імперії займатися педагогічною діяльністю, було прийнято напередодні Першої світової війни та вже безпосередньо в її ході. Так, законом від 03.07.1916 р., схваленим Державною Думою та Державною Радою, затвердженням Миколою II, службовцям (у тому числі жінкам), які працювали у жіночих середніх навчальних закладах (гімназіях, прогімназіях, інших), встановлювалися надбавки [5].

Розширення переліку професій, до яких допускалися жінки в Російській імперії, зокрема на українських землях у її складі, часто густо відбувалося «явочним порядком». Лише потім вони з великими складнощами закріплювалися нормами чинного права. При цьому (в порівнянні з чоловіками тих самих професій) жінки залишалися повсюдно дискримінованими.

Перші жінки-лікарі починали працювати, не маючи юридично закріплених прав. Наприкінці XIX ст. випускниці Жіночого медичного інституту отримали право на вільну медичну практику. У першому десятиріччі XX ст., за активної участі жіночих організацій, було вирішено питання про отримання ними вчених ступенів магістра та доктора наук.

Питання про професійну повноправність жінок-лікарів ще залишалося відкритим. Щоб жінки-лікарі були абсолютно зрівняні з своїми колегами-чоловіками у професійних правах, необхідно було, по-перше, надати жінкам-лікарям наукового спрямування, права на кафедру та професуру, на викладацьку діяльність у вищих медичних навчальних закладах; по-друге, допускати їх на загальних підставах до заняття місць головних лікарів у лікарняних установах, а також до судової експертизи.

На початку XX ст. жінка-лікар уже була більш звичним атрибутом суспільного життя Російської імперії. Але процес професійної адаптації жінок до нових професійних умов протікав важко.

Розвиток цивільного обігу в умовах розширення ринкових відносин був об'єктивним чинником появи жінок у сфері юридичної діяльності. У зв'язку з підготовкою в третій Державній Думі законопроекту про допущення жінок в адвокатуру, члени відділу виборчих прав Російської ліги рівноправності жінок юридичного відділу московського відділення Ліги й об'єднання жінок-юристів неодноразово зустрічалися з депутатами, проводили з їх участю жіночі збори, направ-

ляли звернення до депутатських фракцій. Як наголошувалося у доповіді Ліги рівноправності жінок, у результаті цієї роботи був прийнятий законопроект судової комісії Думи від 10.11.1911 р. і визнаний бажаним на пленарному засіданні Думи 16.03.1911 р., але, пройшовши позитивно всі інстанції, відхилений у Державній Раді у січні 1913 р. [6, с. 11, 24].

Незважаючи на негативне ставлення влади, жінки своєю боротьбою домоглися певних успіхів. Як свідчать дані, оприлюднені на Всеросійському з'їзді з освіти жінок у 1912 р., у Російській імперії на той час було 269 жінок-юристів, у тому числі тих, які мали університетські дипломи – 146. Вони працювали у присяжних повірених, секретарями в адвокатів чи депутатів у різних юрисконсультах, у нотаріусів і в банках; в установах місцевого самоврядування; у кооперації; на промислових підприємствах; були залишені при вищих жіночих курсах для вдосконалення в окремих галузях права; займалися викладацькою діяльністю, журналістикою й іншою літературною діяльністю, а також статистикою [7, с. 205].

Основною проблемою жінок-юристів до 1917 р. було те, що їх не допускали згідно із законом до юридичних посад, оскільки «сильним аргументом» влади вважалася відсутність у жінок можливості отримати юридичну освіту. Така ситуація була парадоксальною. По-перше, від приватного повіреного не було потрібно атестата про юридичну освіту: він повинен був витримати іспит і показати знання, спосіб набуття яких нікого не цікавив. По-друге, у 1906–1907 рр. жінки допускалися в університети та мали право їх закінчувати [8, с. 19]. Незважаючи на всі успіхи, досягнуті жінками стосовно права на отримання вищої юридичної освіти, уряд не був готовий надати їм офіційний дозвіл займатися юридичною практикою [9, с. 129–132].

Заслужують на увагу особливості перебування жінок на державній службі. З цього питання М. Покровська [10, с. 185–191] зазначала, що жінок у Російській імперії почали приймати до різних державних установ на службу з початку 60-х років XIX ст. Окремі випадки вступу жінок на телеграф були в 1860 р. У міністерстві юстиції їх служба почалася з 1864 р.; у міністерстві шляхів сполучення та державного контролю – з 1869 р. У 70-х роках XIX ст. почався прийом жінок на службу в митниці, статистичні комітети й інші установи міністерства внутрішніх справ і міністерства землеробства; у 80-х роках – у міністерство фінансів, морське, імператорського двору, торгівлі та промисловості, в канцелярію сенату, державної ради тощо.

На початку ХХ ст. жінки домоглися вагомих професійних успіхів, з'явилося багато працюючих жінок у сферах, які раніше були їм недоступні. Згідно із Статутом про службу цивільну жінки допускалися до занять з рахункової та письмової частини в жіночих закладах Відомства установ Імператриці Марії і в посаді помічниць контролерів того ж Відомства, на посади телеграфістів, до занять з рахівничої та письмової частини в установах державного контролю [11, с. 157].

17 травня 1904 р. Микола II затвердив правила для прийняття жінок на службу в поштових, телеграфних і телефонних установах. Правила встановлювали 18-річний вік і вимагали свідоцтва про проходження навчального курсу не менше перших чотирьох класів жіночих гімназій, жіночих єпархіальних училищ або інших відповідних жіночих учбових закладів, а за відсутності такого свідоцтва жінки повинні були піддаватися відповідним випробуванням. Таким чином, у 1904 р. у поштово-телеграфній службі жінки певною мірою були зрівняні з чоловіками. Від них потрібна була така ж освіта їм надавалася відповідна винагорода за працю. Перевага віддавалася дівчатам і вдовам, а також незаміжнім. Засвідчена лікарем тимчасова відсутність жінки, викликана народженням дитини, вважалася законною причиною не появи на службі понад один місяць із збереженням утримання. Але 09.01.1909 р. з'явилася нова інструкція, в якій спостерігалася тенденція до утиску жінок і обмеження їх служби [10, с. 185–191].

За новою інструкцією на службу поштово-телеграфного відомства могли прийматися тільки дівчата та вдови віком від 18 до 30 років включно. Понад 30 років їх можуть приймати лише як виняток з особливого дозволу начальника пошти та телеграфу. Прийнятим дівчатам і вдовам дозволялося залишатися на службі після заміжжя, але лише за чиновників, що перебувають на службі в тій самій поштово-телеграфній установі. Під час переходу чоловіка до іншої установи поштово-телеграфного відомства дружина могла залишатися на службі, якщо одержить призначення до тієї самої установи, куди переведений чоловік. Чиновниці повинні були бути одягнені в закриті скромні плаття темних кольорів [10, с. 187].

Події революції 1905–1907 рр. суттєво вплинули на правове становище жінок у Російській імперії. Самодержавство змушене було піти на певні поступки та провести перші конституційні перетворення, прийнявши Маніфест 17 жовтня 1905 р. і Основні державні закони Російської імперії 2 квітня 1906 р. [12]. Коло відомств, на службу до яких дозволялося приймати жінок, розши-

рилося. Так, у 1905 р. Міністерство шляхів сполучення остаточно вирішило прирівняти жінок, які служать у залізничних установах, у правах до чоловіків. Передбачалося, що при оцінці роботи, при призначенні на вищі посади не звертатиметься увага на стать і жінки будуть допущені нарівні з чоловіками до заняття не тільки всіх посад не технічного характеру, а й до ряду технічних, після складання іспиту. Також газети повідомляли, що застосування жіночої праці на залізничній службі вирішене твердо. Міністерство шляхів сполучення Російської імперії при цьому обмежило частку жінок, яких могли прийняти на службу (35 % від загальної кількості чоловіків – службовців). Обов'язковою умовою було надання кандидатами свідоцтва про закінчення повного курсу жіночих середніх навчальних закладів [10, с. 185–191].

Унаслідок того, що, перебуваючи на службі, жінки були позбавлені багатьох привілеїв державних службовців, вони не могли розраховувати в старості на будь-яку матеріальну підтримку з боку держави. Тому підтримати своїх членів у даних ситуаціях намагалися жіночі добродійні товариства. При багатьох жіночих товариствах професійної підтримки створювалися пенсійні каси, що обслуговували лише членів цих товариств. Так, при Товаристві піклування про виховательок і вчительок, яке перебувало під «покровительством» Імператорської Величності Государині Імператриці, також була створена Пенсійна каса. Пенсійний капітал утворювався з відрахувань: 20 % від членських внесків; 10 % з прибутку, який приносив пенсійний капітал; щорічного додаткового внеску в 3 руб. дійсних членів, що розраховують на отримання пенсії; а також із зборів з вечорів, концертів, лотерей тощо.

Правом на отримання пенсії у розмірі 120 руб. на рік користувалися дійсні члени Товариства, які перебували у його складі 25 років, належали до педагогічної професії та мали не менше 46 років від народження [9, с. 384–386].

У 1915 р. за клопотанням Російської ліги рівноправності жінок перед директором пошти та телеграфу жінкам було дозволено працювати листоношами [13, с. 39].

Жіночі організації неодноразово порушували питання про дозвіл жінкам займати вищі посади. Ця вимога містилася і в резолюціях Першого Всеросійського жіночого з'їзду [14, с. 824]. На підтримку допуску жінок до державних постів у сфері управління виступили депутати Державної Думи третього скликання від фракції трудовиків і кадетів. Проте рішення це не було ухвалене. Тільки у березні 1917 р. під тиском багатотисячної жіночої маніфестації, організованої

Російською лігою рівноправності жінок, Тимчасовий уряд змушений був надати жінкам право займати всі державні посади, аж до міністерських.

Слід зазначити, що найбільш прогресивними відомствами щодо поширення прав державної служби на представниць жіночої статі, були Міністерство фінансів і Державний контроль Російської імперії. «Саме апарат управління державними фінансами Російської імперії став першопроходцем у справі допущення до державної служби жінок. У 1914–1916 рр. був наданий законодавчий дозвіл у відомствах фінансового контролю та митному, установах Державного банку і казенних палатах, управліннях державних ощадних кас, були підготовлені відповідні акти щодо акцизних органів» [1, с. 402].

В останні роки існування Російської імперії, які припали на період Першої світової війни, було зроблено більше для просування жінок до рівноправ'я, ніж за низку попередніх років, шляхом допуску їх на державну службу в усе більшу кількість міністерств і відомств. Не залишилося осторонь і Міністерство народної освіти. Відповідне рішення Рада Міністрів ухвалила 14 жовтня 1916 р. Як і в інших відомствах, тут (мотивуючи труднощами воєнного часу) жінкам було надано право вступати на державну службу до VIII класу включно. Кваліфікаційними вимогами були: середня освіта (до неї прирівнювалося звання домашньої вчительки), відповідність особистим якостям (благоннадійність, не судимість тощо). При цьому жінки – державні службовці по лінії Міністерства народної освіти, як й інші, отримували право на пенсійне забезпечення, але не могли отримувати ордени та чини (і відповідні мундири) [15].

Розширилося залучення жінок до державної служби. Поширилися випадки їх праці в державних банківських установах. До Державного банку вони приймалися на державну службу на тих самих умовах, що й до інших органів Міністерства фінансів Російської імперії [16]. Чинниками залучення жінок до державної служби та роботи за вільним наймом були як збільшення вакансій унаслідок мобілізації чиновників на військову службу, так і розширення компетенції відповідних органів. Так, попит на жіночу працю у акцизному відомстві Міністерства фінансів зріс після введення у 1916 р. акцизу на чай [17].

У період Першої світової війни особливо зросла потреба в жіночій праці. У цей час, наприклад, уперше в Російській імперії з'явилися жінки-інженери [18, с. 24]. Світова війна викликала в державі глибокі кризові явища в усіх сферах суспільного життя. Не-

бачені раніше масові мобілізації чоловіків до діючої армії зумовили гостру нестачу робочої сили. Негаразди, пов'язані з війною, особливо виявлялися у ближній і віддаленій прифронтовій смузі, до якої належали і землі Наддніпрянської України.

Самодержавство за цих надзвичайних умов пішло шляхом скасування й тих обмежених норм, які раніше були прийняті для захисту жіночої праці. У 1915 р. міністру торгівлі та промисловості надано право дозволити для фабрично-заводських, гірничих і гірничо-заводських підприємств, які виготовляли предмети, необхідні для державної оборони, відступ від вказаних у статтях 64, 65, 68, 74, 75 і 194–200 Статуту про промислову працю (Св. Зак., т. XI, ч. 2, изд. 1913 р.) вимог правил про роботу жінок і осіб, які не досягли сімнадцятирічного віку, про тривалість і розподіл робочого часу на вказаних підприємствах із виданням відповідних правил [19, с. 2].

Від півріччя до півріччя, з року в рік у роки Першої світової війни зростала потреба в робітницях – жінках на фабриках і заводах, передусім при виконанні замовлень оборонного характеру. Вони заміняли чоловіків. У листопаді 1915 р. лише в Одесі на токарних, фрезерних та інших металообробних верстатах працювало близько 450 жінок, виконуючи замовлення для діючої армії [20].

Отже, законодавство Російської імперії за часів Першої світової війни зайвий раз засвідчило непослідовність російського самодержавства щодо забезпечення права жінок на працю.

Викладене дозволяє дійти таких **висновків**:

у публічно-правовій сфері найбільш суттєвим був прогрес у службово-трудовах відносинах;

реформи другої половини XIX – початку XX ст. зумовили порівняно широке залучення жінок, хоч і досить обмежене, із зниженим (порівняно з чоловіками) обсягом прав, до державної служби; це стосувалося перш за все структур державного апарату, не пов'язаних із виконанням каральних функцій, – місцевих органів і установ Міністерства фінансів, Державного контролю, державних банків, поштово-телеграфного відомства тощо;

у відносинах найманої праці на виробництві законодавство самодержавства було більш консервативним і дискримінаційним щодо жінок.

Література

1. Головка О. М. Фінансова адміністрація Російської імперії в Україні (кінець XVIII – початок XX ст.). – Х., 2005. – 447 с.

2. Білоконь М. В. Органи державного управління та місцеве самоврядування в Російській імперії у другій половині XIX ст. (на матеріалах Лівобережної України). – Х., 2003. – 256 с.

3. Ерошкин Н. П. История государственных учреждений дореволюционной России. – М., 1983. – 352 с.

4. Хвостов В. М. Женщина и человеческое достоинство: Исторические судьбы женщин. Женский вопрос. – М., 1914. – 510 с.

5. Закон, одобренный Гос. советом и Гос. Думой о пятилетних прибавках к содержанию и пенсиях служащих в женских гимназиях, прогимназиях и других средних учебных заведениях ведомства Министерства народного просвещения. 3 июля 1916 г. // Центральный державный історичний архів України (м. Київ). Ф. 707: Управление попечителя Киевского учебного округа, оп. 259, спр. 80, ч. 1, арк. 173.

6. Отчет Московского отдела Лиги равноправия женщин за 1911–1912 гг. – М., 1913. – 48 с.

7. Труды 1-го Всероссийского съезда по образованию женщин, организаций. Российской лигой равнопр. женщин в С.-Петербурге. – СПб., 1914–1915. – Т. 1. – 260 с.

8. Шимкевич В. Опыт двух лет // Союз женщин. – 1908. – № 9.

9. Нестерцова-Собакар О. В. Развитие державно-правового стану юридичної освіти жінок та юридичної практики в Україні // Право України. – 2003. – № 6. – С. 129–132.

10. Покровская М. И. Женщины на государственной службе // Женский вестник. – 1909. – № 10. – С. 185–191.

11. Полянский А. Русская женщина на государственной и общественной службе: сборник постановлений и распоряжений правительства, определяющих права и обязанности русских женщин по службе, с приложением уставов и положений казенных и частных вспомогательных касс и обществ,

услугами которых может пользоваться женщина. – М., 1901. – VI, 264. – 499 с.

12. Личное дело чиновника VI разряда Дюдиной А. 1916 г. // Державний архів Донецької області. Ф. 80: Вознесенская почтово-телеграфная контора, оп. 1, спр. 12, арк. 1.

13. Удостоверение. 25 июля 1916 г. // Державний архів Донецької області. Ф. 78: Больше-Янисольское почтово-телеграфное отделение, Екатеринославского почтово-телеграфного округа с. Больше-Ясинольск, Бахмутского уезда, Екатеринославской губернии 1904–1916 г., оп. 1, спр. 3. Приказы начальника Больше-Янисольского почтово-телеграфного отделения и переписка с Юзовской и другими почтовыми конторами о личном составе, арк. 2.

14. Свод законов Российской империи. – СПб., 1906. – Т. 1, ч. 1. – 76 с., разд. паг.

15. Особый журнал Совета Министров Российской империи: 14 октября 1916 года // Центральный державный історичний архів України (м. Київ). Ф. 707: Управление попечителя Киевского учебного округа, оп. 259, спр. 80, ч. 1, арк. 93, 94.

16. Російський державний історичний архів. Ф. 1409: Собственная его императорского величества канцелярия, оп. 6, спр. 1699, арк. 2.

17. Російський державний історичний архів. Ф. 575: Главное управление неокладных сборов и казенной продажи напитков, оп. 6, од. зб. 101, арк. 6.

18. Хроника «Женского дела» // Женское дело. – 1907. – № 24.

19. Труд женщин и подростков // Женское дело. – 1915. – № 1.

20. О применении женского труда на металлообрабатывающих заводах г. Одессы и Елисоветграда: Из краткой записки старшего фабричного инспектора Херсонской губернии от 27 ноября 1915 г. // Центральный державный історичний архів України (м. Київ). Ф. 575: Канцелярия Киевского окружного фабричного инспектора, оп. 1, спр. 17, арк. 77.

In the article the question of development of legal regulation of officially-labour activity of the Ukrainian women is investigational between the second part of the XIX century and the beginning of the XX century, the changes of legislation and legal practice, which took a place in this period, are traced.

В статье исследуется вопрос развития правовой регламентации служебно-трудовой деятельности украинских женщин во второй половине XIX – начале XX в., анализируются изменения законодательства и правовой практики, которые происходили в этот период.



ІСТОРІЯ ФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО УЧАСТЬ ПРОКУРОРА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ДО 1917 р.

Ігор Оксенчук,

аспірант кафедри цивільного права і процесу
Волинського національного університету ім. Лесі Українки

У статті порушується питання історії формування законодавства про участь прокурора у цивільному судочинстві, яке має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення, оскільки однією з умов успішного реформування будь-якого державного інституту є використання як чужого, так і власного досвіду, відповідний їм минулий досвід.

Ключові слова: прокурор, прокуратор, інстигатор, інститут прокуратури, інститут повірених, нагляд, змагання сторін, оскарження.

В юридичній науці завжди приділяється значна увага методу історизму, що змінюється в часі та розвивається. Питання формування законодавства про участь прокурора у цивільному судочинстві має не лише теоретичне, а й важливе практичне значення, оскільки однією з умов успішного реформування будь-якого державного інституту є використання як чужого, так і власного досвіду, відповідний їм минулий досвід.

Теоретичне значення дослідження з питань історії формування законодавства про участь прокурора у цивільному процесі полягає в тому, що висвітлена проблема може мати певне значення для вдосконалення інституту участі прокурора в цивільному процесі.

Мета цієї статті – запропонувати висновок про визнання основних історичних періодів і проміжних етапів формування законодавства про участь прокурора у цивільному процесі, зосередження уваги на важливості цього питання, а також необхідності прийняття рішень щодо подальшого підвищення ролі прокуратури у цивільному процесі.

Дослідження з питання історії формування законодавства про участь прокурора у цивільному процесі здійснювалося комплексно (у поєднанні з принципами цивільного процесу, аналізом процесуального положення прокурора та взаємодії з іншими учасниками цивільного процесу на основі праць вітчизняних і зарубіжних учених).

Проблеми прокурорського нагляду розглядали такі вчені, як П. Альбицький, К. Банченко-Любімова, В. Басков, М. Вихут, М. Кожевников, А. Козлов, В. Лебединський, Ю. Лутченко, М. Рагінський, А. Сафонов, В. Тадевосян, М. Шакарян та ін.

Безпосередньо проблемі участі прокурора у цивільному процесі присвячені роботи: В. Аргунова, Л. Туманової, Г. Осокиної, Н. Ченцова, Є. Івукіної, А. Ференс-Сороцького та ін.

При підготовці статті використані праці дореволюційних учених і політичних діячів радянського періоду: В. Веретенникова, А. Давидського, А. Коні, Н. Криленка, П. Люблінського, Н. Муравйова, І. Фойницького, М. Чельцова та ін.

Термін «прокурор» походить від латинського «прокуратор», яким у Стародавньому Римі називався: керівник господарством; чиновник, який збирав податки; повірений у справах, який здійснює доручення довірителя по веденню судових справ і управлінню майном; намісник римського імператора у провінції [1, с. 402]. Як бачимо, жодне значення не мало на увазі посадову особу, якою зараз є прокурор.

Прийнято вважати, що прокуратура виникла у XIV ст. у Франції, і за цим типом вона стала з'являтися у країнах континентальної Європи. Спочатку у Франції був створений інститут повірених (procureurs) або, як їх називали, королівських людей (gensdurei), що представляють інтереси короля не лише в загальнодержавних питаннях, а й у його приватних справах. Прокурори були уповноваженими представниками центральної влади.

У 1586 р. ухвалюється закон про організацію та діяльність прокуратури у Франції, який визначив місце прокуратури в системі інших державних органів. Сфера повноважень прокурорського нагляду охоплювала діяльність прокурора адміністративно-політичного характеру; нагляд за провадженням слідства; діяльність судово-правова (кримінальні та цивільні справи) [2, с. 15].

Процес становлення та розвитку інституту прокуратури в Україні, як і процес розвитку української державності, є складним і значною мірою суперечливим. Зумовлене це низкою причин. Одна з них полягає в тому, що прокуратура як ланка конкретної державно-правової системи змінюється разом із останньою.

Інший чинник, який істотно вплинув на процес розвитку інституту прокуратури в Ук-

раїні, полягає в тому, що протягом декількох століть українська державність розвивалася в тісному зв'язку з російською державністю. При цьому форми такого зв'язку неодноразово змінювалися, що також безпосередньо позначалося на розвитку інституту прокуратури в Україні.

Вітчизняні вчені-юристи по-різному висвітлюють історію вітчизняної прокуратури. Зокрема, М. Мичко у історії розвитку прокуратури як державного органу виділив декілька періодів. Він вважає, що при розв'язанні цього питання необхідно виходити з того, що прокуратура є ланкою конкретної державно-правової системи й її радикальна зміна відбувається разом із зміною останньої. Тому можна погодитися з твердженням про те, що історико-правові періоди розвитку прокуратури в Україні повинні збігатися з основними етапами розвитку державно-правової системи України. Таким чином, процес розвитку прокуратури як державного органу в Україні, за твердженням М. Мичка охоплює чотири історико-правових періоди: період входження України до складу Російської імперії (1722–1917 рр.); період Української Народної Республіки (1917–1922 рр.); радянський період (1922–1991 рр.) і пострадянський період. У свою чергу, в межах цих періодів виділяються проміжні етапи.

На нашу думку, слід виділити ще один період – період перебування українських земель під владою Польщі та Литви (1578–1722 рр.). Так, О. Михайленко стверджує, що витоки розвитку прокуратури необхідно шукати ще в XVI ст., коли на сеймі Речі Посполитої у 1578 р. було створено Луцький трибунал. Дія цього вищого суду поширювалася на Київське, Брацлавське та Волинське воеводства. Луцький трибунал наділявся правом законодавчої ініціативи. Його функції згодом перебрав на себе Український трибунал, створений у 1579 р. у відвойованому тоді в Московії Батурині. На початку діяльності трибуналу його депутати обирали прокурора (інстигатора), термін повноважень якого становив один рік. Наглядачі приватних маєтків зверталися до нього з позовами та повідомляли про характер правопорушень. А прокурор (інстигатор), наглядаючи за законністю подання позовів до трибуналу, самостійно приймав те чи інше рішення. Протягом XVII ст. прокурор разом із гетьманом, генеральним писарем, генеральним возним і генеральним суддею засідав в Українському трибуналі. Документи засвідчують, що посада прокурора часів Запорозької Січі глибоко пошановувалася: його називали одразу ж після гетьмана [3, с. 35].

Польський дослідник В. Свербигуз опублікував у Варшаві українською мовою книжку, у якій на основі архівних документів також стверджує, що ще у 1578 р. на сеймі Речі Посполитої було утворено особливий для України трибунал – Луцький. До речі, прокурора у цьому переліку названо одразу ж після Гетьмана [4, с. 12, 16–17, 57], що підкреслювало його високе положення у суспільстві.

На нашу думку, на суттєве історичне положення щодо існування прокуратури як державного органу в Україні допетрівського періоду вперше у вітчизняній літературі звернули увагу В. Лакизюк та О. Михайленко. Після цього дещо змінилася й офіційна позиція щодо витоків прокуратури в Україні. Такої думки дотримується і М. Потебенько. Зокрема, він зазначає, що до посади прокурора в Запорізькій Січі ставилися з глибокою шаную. В особі прокурора кошові отамани та гетьмани українського козацтва Іван Підкова, Яків Шах, Северин Наливайко, Самійло Кішка, Петро Сагайдачний, Григорій Чорний, Михайло Дорошенко та ін. мали на Січі надійного помічника, гаранта законності [5, с. 6].

Петро І, перш як створити в Росії прокуратуру, ознайомився з досвідом організації та діяльності органів прокуратури в деяких європейських країнах, у тому числі у Франції. Але це не було сліпим наслідуванням. При створенні прокуратури враховувалися особливості державного устрою, економічного стану, суспільних відносин, що склалися в Російській імперії.

У Російській імперії, до складу якої входила Україна, прокуратура була створена Петром І у 1722 р. Спочатку ним були створені прокурорські посади при Сенаті та колегіях. Основним законодавчим актом про прокуратуру став Указ від 12.01.1722 р. У ньому зазначалося, що має бути при Сенаті генерал-прокурор і обер-прокурор, а також у всякій колегії по прокурору, які повинні рапортувати генерал-прокурору». 18 січня 1722 р. згідно з Указом «Про встановлення посади прокурорів у надвірних судах і про межі компетенції надвірних судів у справах фіскальних та інших людей» з'являються прокурори у провінціях при надвірних судах. Особливо важливе значення мав Указ Петра І від 27.04.1722 р. «Про посаду генерал-прокурора» [6, с. 182–199]. Прокуратура того часу зобов'язана була стежити за виконанням усіма державними органами та посадовими особами нормативно-правових актів, що приймалися Сенатом.

Петро І наділив співробітників прокуратури необхідними повноваженнями, забезпечивши тим самим їх престиж, вплив і авторитет у суспільстві. Прокурори займали високе положення в Табелі про ранги серед державних чиновників. Генерал-прокурор був наділений істотними повноваженнями. Йому підкорялися прокурори при колегіях Сенату, провінціях і надвірних судах. За відсутності імператора генерал-прокурор головував у Сенаті, визначаючи черговість справ, що виносяться на його розгляд, виносив протести на незаконні рішення Сенату, передавав їх на розгляд імператора, представляв йому доповіді про діяльність Сенату, оголошував складу сенаторів розпорядження імператора, порушував перед імператором питання про видання нових законів і скасування застарілих, таких, що не відповіда-

ли вимогам життя. Основне призначення генерал-прокурорів полягало в «нагляді» за виконанням законів. У обов'язки прокурорів також входив нагляд за виконанням законів усіма органами державної влади та посадовими особами. Вони вносили пропозиції про усунення порушень закону, виносили протести на незаконні рішення та вимагали їх скасування або зміни, здійснювали нагляд за дотриманням інтересів державної казни.

У предмет нагляду прокурорів входило точне виконання присутніми сторонами та посадовими особами законів і регламентів, а також швидко і правильного вирішення справ. З цією метою прокурори особисто були присутні на судових засіданнях, безперешкодно отримували від присутніх сторін потрібні ним документи, довідки або рішення. Всі вимоги прокурора виконувалися негайно і беззаперечно.

При Катерині I мають місце значні відступи від встановленого Петром I порядку здійснення вищого нагляду прокуратури за дотриманням законів у державі, звужується державне значення прокуратури та генерал-прокурора, що очолює її. Перестали відігравати важливу роль Сенат, а також генерал-прокурор.

Колишній міністр юстиції та генерал-прокурор Н. Муравйов зазначав, що протягом перших 150 років своєї історії прокуратура була переважно органом нагляду за адміністрацією на місцях, а власне судова звинувачувальна або позовна діяльність була лише одним із приватних доповнень до функції нагляду, ледве намічене в законі, слабе та незначне на практиці [7, с. 359].

При царюванні Катерини II (1762–1796 рр.) прокурорський нагляд був не лише повністю відновлений, а й удосконалений. Прокуратура мала нові повноваження, був істотно розширений предмет нагляду прокурорів, передусім у межах губерній. Відповідно до Маніфесту від 15.12.1763 р. Сенат був поділений на 6 департаментів. Перший із них відав державними, політичними та внутрішніми справами з обов'язковою участю в його засіданнях генерал-прокурора. В останніх були призначені обер-прокурори. Вплив генерал-прокурора з роками зростає: він брав участь у роботі комісії з підготовки нового Положення, управляв усією внутрішньою адміністрацією, отримував на своє ім'я важливі накази та веління, оголошував їх через Сенат.

22 вересня 1802 р. генерал-прокурор Г. Державин звернувся до всіх губернських прокурорів імперії з циркулярним орденем. У пункті 6 він наказував, що у справах цивільних прокурори повинні наглядати пильно за збереженням форми або порядку судочинства, насамперед за дотриманням підсудності та меж влади, порушенням яких справи заплутуються. Вони доповідають про подібні випадки міністрові для відведення заплутувань і взагалі для припинення будь-якого утиску та тяганини. Можна припустити, що функції прокурора у цивільних справах, у той час на цьому вичерпуються.

У 1862 р., ще до судової реформи 1864 р., прийняті Основні положення про прокуратуру, в яких визначалося державне призначення прокурорського нагляду, його зміст, завдання та повноваження прокурорів. Чітко було сформульовано призначення прокуратури: нагляд за точним і однозначним виконанням законів. Слід зазначити, що на той час прокурори були незмінними, незалежними від місцевих впливів при прийнятті ними будь-якого рішення.

Істотні зміни у концепції прокурорського нагляду сталися після судової реформи 1864 р. При складанні Статуту цивільного судочинства 1864 р. використовувався французький досвід. За французькою моделлю, як правило, прокурор вступав у цивільний процес як сторона «що примикає» (*partie jointe*), представляючи суду висновок після змагання сторін. Як виняток у деяких справах прокурор виступав і як головна сторона (*partie principale*), змагаючись з іншою стороною як позивач або відповідач. Прокурор діяв як головна сторона, якщо справа мала прилюдний характер (стосувалася інтересів держави та суспільства). Вступити у процес, що вже почався, для дачі висновку прокурор міг за своєю ініціативою або за ініціативою суду. Були справи, у яких закон зобов'язував прокурора брати участь. У разі незгоди прокурора з рішенням суду він не мав права його оскаржити. Вже тоді прокурор зобов'язаний був однаково захищати не права осіб або відомств, а силу закону і лише в тому сенсі, в якому суддя за своїм значенням у змагальному процесі не мав би права зробити безпосередньо від себе будь-якої вказівки. Спостерігається важливий зараз принцип: прокурор є учасником саме змагального процесу і не наділений будь-якими переважними правами відносно інших його учасників. Саме цей підхід є актуальним і сучасним у здійсненні функцій прокурора в цивільному судочинстві, в якому принцип змагальності є одним із основних.

У Статуті цивільного судочинства діяли статті 343–347 «Висновок прокурора». Висновок представника прокурорського нагляду був обов'язковий: у питаннях про суперечку між судовими й адміністративними органами; у питаннях про порушення кримінального переслідування зважаючи на виявлення в цивільній справі обставин, що підлягають розгляду в кримінальному порядку, зокрема в разі суперечки про підроблення документів; у справах шлюбних і про законність народження, якщо в справі немає відповідача; у справах про винагороду за збитки, заподіяні неправильними діями посадових осіб; у справах неповнолітніх які перебувають під опікою, і тих, для кого опікуєство не було призначене; у справах безвісно відсутніх і осіб, які не користуються цивільними правами; у питаннях про підсудність. У коментарях до Статуту зазначалося, що прокурор має бути представником точного розуму узаконень, що діють, і захисником через закон тих осіб, юридичних і фізичних, які, за природним порядком

речей, не можуть з'явитися перед судом, і представники яких не можуть за своїм положенням брати безпосередню участь у справі. До такого роду справ належать справи, пов'язані з казенним інтересом, справи малолітніх і неповнолітніх осіб, які перебувають під опікою, і тих, для яких опікунів не призначено [8, с. 850]. Як бачимо, сучасне трактування участі прокурора в цивільному процесі дуже близьке до цього. Інколи досить звернутися до історії, аби знайти істину, а не придумувати щось нове.

Висновки прокурора давалися словесно та заносилися у протокол судового засідання. Проте вони для суду не були обов'язкові, і вирішення справи всупереч ним не давали права ні прокуророві, ні позивачу оскаржити рішення суду.

Відповідно до судової реформи 1864 р. разом із призначенням і порядком діяльності прокурора в кримінальному та цивільному судочинстві чітко визначалося, що прокуратура не повинна втручатися в діяльність суду, обмежувати самостійність суддів при прийнятті ними рішень у справах, які знаходяться на розгляді.

У справах шлюбних і про законність народження (наприклад, смерті особи, яка мала б бути відповідачем) роль відповідача виконував представник прокурорського нагляду, який зобов'язаний збирати та представляти суду докази на спростування позову та має всі права позивача, у тому числі право на оскарження [9, с. 5].

Прокурор не мав права оскаржити рішення суду, крім випадків, коли він замінював відсутню сторону (у справах шлюбних і про законність народження), справ про узакононення дітей і про усиновлення. Проте на практиці висновок прокурора часто перетворювався на порожню формальність. У ряді статей, присвячених участі прокурора у цивільному процесі, яскраво характеризується пасивне відношення прокурорів до цивільних справ.

У 1911 р. ухваленим законом діяльність прокуратури у цивільному процесі була значно обмежена. Але слід зазначити, що такого важливого права, як пред'явлення позову, в дореволюційному цивільному процесі у прокурора не було. Проте створення інституту прокурорського нагляду має розглядатися як один із важливих прогресивних етапів на шляху становлення державності.

Жовтнева революція 1917 р. взагалі ліквідувала прокуратуру. Скасування дореволю-

ційної прокуратури було проголошене Декретом про суд № 1, прийнятим у 1917 р. Відмова від старої прокуратури не спричинила негайне встановлення нової. Близько п'яти років у країні не було прокурорів. Був період, коли нагляд за законністю, зокрема нагляд за правильним розглядом цивільних справ, здійснювали суди.

Отже, можна зробити **висновок**, що знання історії участі прокурора у цивільному процесі необхідне. І не лише тому, що з історії потрібно набувати досвіду. Якщо ми звернемося до історії то побачимо, що роль прокуратури в цивільному судочинстві пов'язана з соціально-економічними, політичними й іншими умовами життєдіяльності суспільства.

Може, висновки деяких авторів звучать різко, але проблема звуження компетенції органів прокуратури у цивільному процесі є. Ми вважаємо, що для ухвалення розумного рішення (маємо на увазі формування змін до Цивільного процесуального кодексу) знання історичного досвіду участі прокуратури у цивільному процесі необхідне.

Викладене дає підстави стверджувати, що досліджувана проблематика не вичерпала себе, потребує подальших наукових досліджень із метою розроблення рекомендацій щодо вдосконалення правового регулювання участі прокурора у цивільному судочинстві.

Література

1. *Словарь иностранных слов* / Под ред. И. В. Лехина, Ф. Н. Петрова. – М., 1955.
2. *Басков В. И.* Курс прокурорского надзора. – М., 1999.
3. *Ликизюк В., Михайленко О.* Прокуратура України: витоки розвитку, персоналії та правове регулювання // Вісник прокуратури. – 2000. – № 32.
4. *Свербигуз В.* Старосвітське панство. – Варшава, 1999.
5. *Потебенько М.* Інститут державності // Президентський вісник. – 2000. – № 23.
6. *Российское законодательство X–XX веков: Законодательство периода становления абсолютизма.* – М., 1986. – Т. 4.
7. *Муравьев Н. В.* Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности // Прокуратура на Западе и в России. – М., 1889. – Т. 4.
8. *Исяченко В. Л.* Гражданский процесс. Комментарий. – Минск, 1890. – Т. 1, вып. 4.
9. *Иванов В. А.* Прокурорский надзор по гражданским делам. – Л., 1868.

The article raised questions about the formation of legislation prosecutor involved in civil proceedings, which has not only theoretical, but an important practical significance, since one of the conditions for successful reform of any public institution is to use as alien, and their experience, their corresponding past experience.

В статті піднімається питання формування законодавства об участі прокурора в гражданском судопроизводстве, которое имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение, поскольку одним из условий успешного реформирования любого государственного института является использование как чужого, так и собственного опыта, соответствующий им прошлый опыт.



ДЕФІНІТИВНА СПЕЦИФІКА КОНСТИТУЦІЇ ЯК ОСНОВНОГО ЗАКОНУ ДЕРЖАВИ

Тетяна Подорожна,

канд. юрид. наук,
доцент Подільського державного аграрно-технічного університету



У статті розглядаються дефінітивні особливості Конституції України – одна із специфічних ознак Основного Закону – поєднання в них теоретичної, формально-юридичної та політико-соціальної характеристик суспільних явищ, що віддзеркалюється у їх визначеннях.

Ключові слова: дефінітивні особливості, Конституція України, Основний Закон.

Наявність конституції – обов'язкова ознака сучасної держави. Значення основного закону для ефективного функціонування сучасної цивілізації настільки велике, що вже сам факт його прийняття може бути оцінений як крок до демократичної організації суспільства, оскільки будь-яка конституція передбачає обмеження (самообмеження) державної влади, створення можливостей саморегуляції суспільних інститутів і закладів [1, с. 24].

Вимога всезагальності пізнання конституції зумовлює необхідність розкриття її особливостей. Конституцію слід охарактеризувати як продукт історії, як результат політичної боротьби, що відображає співвідношення політичних сил у суспільстві, як найважливіший загальносоціальний регулятор суспільних відносин, правовий обмежувач державної влади на користь свободи людини, правовий документ, що має найвищу юридичну силу, як основний закон, що закріплює положення й організацію державної влади та її відносини з людиною. Перелік подібних характеристик можна продовжити. Всі вони становлять зміст категорії конституційного права «конституція» і відображаються в різних визначеннях даного феномена.

Усі конституційно-правові явища, процеси, які пізнаються, неодмінно відображаються єдиними поняттями, що не виключає вживання різних термінів для їх найменування, наприклад, «державний устрій», «національно-державний устрій», «територіальна організація державної влади» або «громадянство», «підданство». Це впливає з вимоги об'єктивності, що висувається до понять і категорій. Разом із тим поняття та категорії конституційного права об'єктивуються у визначеннях, які коротко чи розгорнуто характеризують будь-яку із сторін явища, що відображається в понятті, або розкривають всі його сторони.

Конституційне право, «основне» за своєю природою, закладає понятійний фундамент

усіх інших галузей права. Всі терміни, що використовуються в конституційному законодавстві, можуть і повинні сприйматися цивільним, сімейним, житловим, фінансовим, адміністративним, кримінальним, процесуальним та іншими галузями. Оскільки конституція та конституційні закони мають найвищу юридичну силу, їх дефініції при тлумаченні можуть поширювати свою дію на відповідні терміни нижчестоящих правових актів. Проте, як зазначає В. Крусс, конституційний текст незалежно від його національних модифікацій не може бути до такої міри розгорнутим (широким): у нього особливе, основоположне значення [2, с. 201]. Незважаючи на його «величність», він не позбавлений не виправданого дублювання правових норм. Повторення правових приписів має місце не тільки на локальному рівні, а й, як це не прикро, на конституційному. Незважаючи на широту нормативного змісту, конституція не є всеохоплюючим актом, який відрізнявся б завершеністю або системною закінченістю, бо регулює, причому, як правило, в достатньо загальних ознаках, лише найважливіші сфери суспільних відносин. У ній можливі явні та приховані прогалини, що неминучі в будь-якій конституції, а також дійсні або вдавані протиріччя, які позначаються на всіх нормативно-правових актах, що повинні їй відповідати (ч. 1 ст. 8 Конституції України).

Системне тлумачення конституції дає змогу зробити висновок про те, що вказана вимога відповідності законів поширюється тільки на їх зміст (але не обов'язково на форму). Зазначене стосується всіх включених у закон приписів, зокрема законодавчих дефініцій. Тому при розміщенні їх у тексті нормативно-правового акта допускається конкретизація та словесна зміна формулювання при збереженні змісту й обсягу поняття, що визначається.

Нормативно-правові акти, що приймаються на основі конституції, на нашу думку,

не повинні суперечити їй не тільки будучи викладеними на папері, а й у дійсності, тобто передбачається однакова реалізація законоположень, що виражають одну і ту ж норму права. Однозначність у реалізації можлива лише за умови однозначного розуміння та тлумачення, що досягається шляхом використання в усій системі законодавства єдиної термінології й однозначності визначення одного і того ж терміна. Тому конституційна вимога відповідності законів Конституції України є більш широкою й її слід вважати виконаною, якщо вживані у цих законах терміни виражають одне і те ж та визначаються однозначно. Так, відповідно до Конституції України, «кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» (ч. 5 ст. 55), «ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення» (ч. 2 ст. 58), «ніхто не може бути вдвічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те ж саме правопорушення» (ч. 1 ст. 61), виключно законами визначаються «засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них» (п. 22 ч. 1 ст. 92), «Президент України може бути усунений з поста ... у разі вчинення ним державної зради або іншого злочину» (ч. 1 ст. 111).

Зрозуміло, що без чіткого й однозначного визначення понять «протиправне посягання», «правопорушення», «злочин», «адміністративне правопорушення», «дисциплінарне правопорушення» тощо ці конституційні норми мало чого варті. Звідси випливає, що визначаючи в нормативно-правовому акті будь-яке поняття, яке міститься в конституції, можна лише частково змінити формулювання, обов'язково зберігаючи зміст поняття.

Розглядаючи питання про відповідність законів конституції, слід керуватися рішеннями Конституційного Суду України як єдиного органу, що має право тлумачити норми Конституції України (п. 4 ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України») та відповідність їй усіх інших законів держави.

Оскільки тлумачення Конституції України є офіційним та обов'язковим для всіх представницьких, виконавчих і судових органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових осіб, громадян, а також їх об'єднань, а рішення про відповідність або невідповідність нормативно-правового акта Конституції України діє безпосередньо і не потребує підтвердження іншими органами та посадовими особами, то певною юридичною силою володіють і дефініції, дані Консти-

туційним Судом України як пояснення тих чи інших термінів, на основі яких повністю чи в певній частині здійснювалося тлумачення нормативно-правового акта. Так, у рішенні Конституційного Суду України від 05.02.2004 р. № 2рп/2004 у справі за конституційним поданням Світязької сільської ради Швацького району Волинської області про офіційне тлумачення терміна «передача», який вживається у підпункті 5.1.17 п. 5.1 ст. 5 Закону України «Про податок на додану вартість» (справа про тлумачення терміна «передача земельних ділянок»), розкривається зміст поняття «передача»: «В аспекті конституційного подання термін «передача», який вживається у словосполученні «звільняються від оподаткування операції з передачі земельних ділянок, що знаходяться під об'єктами нерухомості, або незабудованої землі» підпункту 5.1.17 п. 5.1 ст. 5 Закону України «Про податок на додану вартість», означає набуття (перехід) права на вказані земельні ділянки (права власності, права користування) на підставі відповідних юридичних актів, зокрема за договорами купівлі-продажу, коли така передача дозволена Земельним кодексом України».

Оскільки дефініції, дані Конституційним Судом України, є офіційними та мають таку ж юридичну силу, як і законодавчі, тлумачення положень відповідних нормативно-правових актів має здійснюватися з їх обов'язковим використанням і в порядку, передбаченому для законодавчих дефініцій. До цього слід, на нашу думку, додати, що при побудові понятійного апарату в конституційному праві важливе значення має саме перша фраза, перше речення статті. Адже воно задає тему, яка розкривається подальшими компонентами єдності. Так, ст. 61 Конституції України визначає, що ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази (ч. 1); за віддання та виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність (ч. 2). Зрозуміло, що друга частина без першої не діятиме. Аналогічно побудовані й інші статті (наприклад, статті 55, 62, 65, 67 Конституції України). Це можна пояснити тим, що всі частини правового припису поєднані ланцюговим зв'язком і свої комунікативні властивості набувають лише у взаємодії та доповненні. І основною ланкою у даному ланцюгу є неодмінно дефініція поняття, що наводиться у правовій нормі, оскільки є її серцевиною.

Норми конституції спрямовані на регулювання складних, всеохоплюючих суспільних відносин, а її формат небезмежний, тому і норми досить лаконічні, абстрактні та всезагальні. Термінологія конституційного права має доволі жорстку інтерпретаційну при-

в'язку до дуже абстрактних наукових понять (право, обов'язок, свобода, правова держава, соціальна держава, демократична держава, право на судовий захист тощо). Ці поняття характеризуються і в науці, і в практиці як дискусійні, тобто такі, що не мають з точки зору формальної логіки жорстко визначеного змісту й обсягу. Їх зміст тісно прив'язаний до науки та конкретного періоду розвитку держави. Тому, на нашу думку, визначення таких понять є не законодавчими дефініціями, а доктринальними.

Переважну відсутність законодавчих дефініцій в Основному Законі України можна пояснити її особливим положенням у системі законодавства. *По-перше*, її відрізняє від інших нормативно-правових актів високий за рівнем узагальнення предмет правового регулювання, найвища юридична сила, особливі функції (організаційна, політична, стабілізаційна). Саме тому, що конституція – це високо абстрактний і, як правило, відносно невеликий за обсягом нормативно-правовий акт, визначення (дефініції) в ньому доцільно вводити значно рідше, ніж у кодексах і поточному законодавстві. *По-друге*, текстуальне вираження конституційних норм відрізняється певною стислістю. Ще Наполеон писав, що конституція повинна бути короткою і невизначеною. Це пояснюється низкою факторів: детальним розробленням наукою та практикою конституційних понять, історичним досвідом становлення конституційних стандартів, необхідністю без протиріч відображати суспільний устрій. З огляду на це, розвиток смислу конституції та додаткові пояснення не виключаються, а передбачаються вже з моменту її створення. Необхідність додаткового пояснення положень основного закону запрограмована. *Доктринальні норми* – це норми загального характеру, які першочергово були сформульовані в теорії конституційного права, оскільки саме вона створює нові концепції. Так, Т. Шутак, відносить доктринальні норми до розряду дефінітивних, тобто таких, які встановлюють правило поведінки, що не отримало достатньо чіткого виразу. Доктринальні дефінітивні норми посилюють нормативний характер конституції. Вони мають імперативний характер [3, с. 1083]. Але, на нашу думку, за своїм великим обсягом вони не зможуть бути розміщені в тексті основного закону, отже, не володітимуть усіма ознаками законодавчих дефініцій. Саме тому використання в тексті конституції законодавчих визначень не доцільне. *По-третє*, в тексті Конституції України містяться положення про регулювання окремих конституційно-правових положень конкретними нормативно-правовими актами. Ця обставина знімає необхідність вико-

ристовувати визначення в тексті конституції, оскільки останні можуть знайти відображення в інших конституційних законах і галузевому законодавстві. Так, якщо в Конституції України присутня коротка вказівка, що надзвичайний стан може вводитися за наявності обставин і в порядку, встановленому Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16.03.2000 р. № 1550-III, у якому 34 статті, що регулюють відповідні суспільні відносини, то одну із них можна присвятити визначенню згадуваного поняття (ст. 1 зазначеного Закону). Тому немає потреби включати дефініцію надзвичайного стану в Основний Закон.

Конституція закріплює та регулює тільки основні, принципові суспільні відносини, що є основою для розвитку інших нормативно-правових актів і галузей права. Вона в концентрованому вигляді виражає не будь-які, а життєві інтереси різних соціально-політичних сил суспільства. З цього випливає, що конституція – такий основний закон, який має особливий об'єкт регулювання. Звідси мінімальність прямих дефініцій, оскільки вони захирають текст і, як правило, не сумісні із святковістю, деяким піднесенням стилю конструювання конституційних норм. Можна навести лише поодинокі випадки існування прямих дефініцій у тексті Конституції України, наприклад, ст. 75, згідно з якою єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України. Ця норма закріплює поняття українського парламенту та його основні ознаки. Її існування зумовлюється необхідністю чіткого й однозначного визначення одного із основних понять конституційного права. Також прикладом може бути ст. 140, яка передбачає, що місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції та законів України (дається визначення територіальної громади).

Проте в юридичних джерелах існують деякі міркування стосовно того, що конституційні дефініції не слід сприймати як дещо особливе в понятійному арсеналі конституційної мови, хоча їм властива певна функціональна своєрідність. Значення дефініцій не зводиться до розкриття конституційно важливих явищ і феноменів: вони також хоча б «субсидіарним» чином, беруть участь у правовому впливі та регулюванні, забезпечують досягнення мети законодавчих настанов. З іншого боку, всі інші елементи конституційного тексту та конституційної мови (вони ж – засоби юридичної техніки) також відмічені дефінітивними ознаками та несуть де-

фінітивний тягар. Але слід зазначити, що в чистому вигляді законодавчі дефініції не присутні в конституції, на відміну від інших законів. Терміни, що позначають поняття в конституції, як правило, не мають спеціального характеру, на відміну від того, що спостерігаємо в інших законах, оскільки основний закон звернений до всіх громадян, має загальнокультурний характер, розглядається як особливе досягнення народу, потребує всезагальної поваги.

Отже, можна стверджувати про наявність так званих непрямих дефініцій, замість яких виступає контекст або набір аксіом. Наприклад, у ст. 4 розділу I Основного Закону України йдеться про те, що в державі існує єдине громадянство. А в продовженні цієї статті зазначається, що підстави набуття і припинення громадянства України визначаються законом. У цьому випадку Конституція для врегулювання правовідносин, що впливають із правового зв'язку держави й особи, відсилає до спеціального закону (таким законом є Закон України «Про громадянство» від 18.01.2001 р. № 2235-ІІ).

Як формалізовані теоретичні уявлення про конституційно-правові явища та процеси, визначення відповідних понять у конституційному законодавстві статичні. За змістом вони бідніші, ніж самі поняття. Один об'єкт може мати багато визначень, що розкривають різні сторони поняття, але відобразити все багатство змісту останнього, розкрити всі його зв'язки та відношення вони не можуть, а тому завжди відносні. Така діалектика співвідношення понять та їх визначень в конституційному праві.

Разом із тим слід відзначити одну із специфічних ознак понять і категорій конституційного права – поєднання в них теоретичної, формально-юридичної і політико-соціальної характеристик суспільних явищ, що віддзеркалюється у їх визначеннях. Так, дефініція поняття «вибори» виступає як спосіб формування органів державної влади та місцевого самоврядування, одного із виявів ставлення до народного представництва, форм безпосередньої демократії, засобів реалізації

політичних прав громадян та їх гарантій, елементів політичного процесу, форм політичної боротьби тощо. Кожна із сторін характеристики цього поняття, відображена у відповідному визначенні, тяжіє до тієї чи іншої теоретичної побудови науки конституційного права – до конституційного статусу органів державної влади, що формуються шляхом виборів, до теорії народного представництва та теорії прямої демократії, до конституційного статусу громадянина, принципів виборності, політичного плюралізму та ін. [4, с. 11–12].

Висновки

Для конституції у зв'язку з її недостатньою конкретністю та положеннями, які допускають різні інтерпретації, тлумачення має дуже важливе значення, порівняно з іншими актами, які більш деталізовані. Відповідність акта чи його окремого положення Конституції України може бути встановлена лише шляхом аналізу тексту акта (його елементів як засобів юридичної техніки), який перевіряється, і тексту Конституції України при їх зіставленні. І в цьому аспекті велику роль відіграють законодавчі дефініції понять, що містяться в нормативно-правових актах, на які робиться посилання в Основному Законі України.

Література

1. Овсепян Ж. И. Развитие научных представлений о понятии и сущности конституции // Известия вузов: Правоведение. – 2001. – № 5. – С. 24–36.
2. Крусс В. И. Конституционная топология и дефинитивная трансгрессия правовых смыслов: теория и практика // Материалы междунар. «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / Под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2007. – С. 199–223.
3. Шутак Т. Г. Система финансово-правовых дефиниций в Конституции Швейцарии // Материалы междунар. «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / Под ред. В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2007. – С. 1081–1091.
4. Богданова Н. А. Понятия науки конституционного права: опыт аналитического и синтетического подходов к построению их системы // Вестник Моск. ун-та: Сер. 11. Право. – 1999. – № 5. – С. 3–22.

In the article the definitive features of the Constitution of Ukraine. Remember one of the specific features of the Basic Law – a combination of them theoretical, formal legal and political and social characteristics of social phenomena that is reflected in their definitions.

В статті розглядаються дефинитивні особливості Конституції України – одна із специфічних черт Основного Закону – поєднання в них теоретичної, формально-юридичної і політико-соціальної характеристик суспільних явищ, що віддзеркалюється у їх визначеннях.



ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ ОПТИМАЛЬНОГО КІЛЬКІСНОГО СКЛАДУ ТИМЧАСОВИХ СЛІДЧИХ КОМІСІЙ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Андрій Медвідь,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії держави і права
Львівської комерційної академії

У статті досліджується практика застосування кількісної ознаки тимчасових слідчих комісій, створюваних Верховною Радою України, та слідчих органів інших європейських парламентів і на основі цього формулюються пропозиції щодо законодавчого закріплення обсягів кількісного складу зазначених органів вітчизняного парламенту.

Ключові слова: конституція, парламент, комісія.

Детальне вивчення практики діяльності тимчасових слідчих комісій вітчизняного парламенту та законодавчої бази їх функціонування створить необхідні передумови для підвищення ефективності роботи не лише вказаних органів, а й Верховної Ради України в цілому. Разом із тим слід зазначити, що правовий статус тимчасових комісій Верховної Ради України поки що не закріплений у спеціальному законодавчому акті¹, а врегульовується лише окремими нормами Конституції України та Регламенту Верховної Ради України який на сьогодні законодавчо не закріплений.

Одним із найбільш важливих аспектів процесу утворення слідчих комісій Верховної Ради України є визначення оптимального їх кількісного складу, який і повинен забезпечити проведення швидкого та результативного парламентського розслідування.

Зазначимо, що українська юридична наука фактично оминула своєю увагою окреслену проблематику. Зокрема, такі вчені як В. Погорілко, Ю. Тодика, В. Журавський, З. Гладун, М. Федчишин, В. Кравченко у своїх працях [1, с. 434; 2; 3, с. 106; 4, с. 271–271] обмежуються лише згадкою про можливість утворення Верховною Радою України тимчасових комісій.

Мета цієї статті – дослідження практики застосування кількісної ознаки тимчасових слідчих комісій, створюваних Верховною Радою України, та розроблення обґрунтованих пропозицій щодо законодавчого закріплення обсягів кількісного складу зазначених парламентських органів.

Зрозуміло, що у зв'язку із специфікою конституційних норм зазначене питання ними не охоплюється, а чинний Регламент Верховної Ради України містить низку правових положень, що регулюють його. Зокрема, згідно із

¹Конституційний Суд України визнав таким, що не відповідає Конституції України Закон «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України» від 15.01.2009 р.

ст. 85 та ч. 2 ст. 87 Регламенту, кількісний і персональний склад тимчасової слідчої комісії повинні бути визначені у постанові, на підставі якої утворюється така комісія. Заслужовує на увагу те, що умова про обов'язкове визначення у такій постанові кількісного та персонального складу слідчої комісії, як невід'ємний аспект процесу її утворення, простежується у текстах усіх проектів (починаючи з законопроекту № 2100 від 05.07.1999 р. і закінчуючи законо-проектами № 2815-1 від 05.03.2007 р. та № 3250-Д від 15.01.2009 р.) спеціального закону, що повинен регулювати функціонування тимчасових комісій парламенту.

У свою чергу, чинний Регламент Верховної Ради України також прямо не встановлює мінімальної та максимальної чисельності складу тимчасових слідчих комісій, але його ст. 85 та ч. 2 ст. 87 передбачають, що кількісний склад тимчасової слідчої комісії формується з урахуванням принципу пропорційного представництва депутатських фракцій. Пропозиції щодо кількісного та персонального складу тимчасової слідчої комісії подаються у письмовій формі депутатськими фракціями у п'ятиденний строк з дня направлення до них письмового звернення ініціатора (ініціаторів) утворення тимчасової слідчої комісії. У складі тимчасової слідчої комісії може бути представлено не менш як по одному народному депутату від кожної депутатської фракції. Якщо депутатська фракція не запропонувала в установленний строк представників для роботи в тимчасовій спеціальній комісії, то комісія створюється без участі представників цієї депутатської фракції. Таким чином, з урахуванням фактичної кількості депутатських фракцій у Верховній Раді України п'ятого та шостого скликань можна зробити висновки, що за умови представлення всіх фракцій у складі слідчої комісії, число її членів не може бути меншим п'яти. Розглядаючи практику утворення Верховною Радою таких комісій за останні п'ять років, найменшими за чисельністю якраз і були комісії, що складалися з 5 осіб (наприклад, Тимчасова слідча комісія Верхов-

ної Ради України з питань розслідування обставин, пов'язаних із звинуваченнями в розбещенні неповнолітніх, утворена на підставі Постанови Верховної Ради України від 20.10.2009 р., та Тимчасова слідча комісія Верховної Ради України з питань розслідування обставин та причин неефективного управління державним майном в агропромисловому комплексі, утворена на підставі Постанови Верховної Ради України від 23.12.2009 р.). Найбільш чисельною була Тимчасова слідча комісія Верховної Ради України з питань перевірки ситуації із забезпеченням природним газом українських споживачів, розрахунками за поставлений природний газ та можливими порушеннями чинного законодавства на енергетичному ринку України (21 особа). Середня чисельність слідчих комісій, що діють на сьогодні, становить приблизно 8 членів.

Слід зазначити, що жодним проектом спеціального закону, покликаного регулювати діяльність тимчасових комісій парламенту України, не передбачалося визначення максимальної та мінімальної кількості членів слідчих комісій Верховної Ради України, хоча оптимальна їх чисельність є важливим фактором у роботі таких комісій. З одного боку, слідча комісія може ефективно діяти лише у випадку, коли її кількісний склад зведений до мінімуму, що створює передумови швидкого проведення розслідування не занурюючись у запутаний і тривалий процес прийняття й узгодження рішень, з іншого – можна погодитися з думкою А. Керімова, який зазначає, що у законодавчому порядку повинна бути встановлена не лише максимальна, а й мінімальна кількість членів комісій. Це зумовлено тим, що утворення невеликої за кількістю членів комісії може негативно позначитися на якості її роботи та призвести до того, що у ній будуть представлені не всі існуючі у парламенті точки зору щодо предмету розслідування [5, с. 17].

Аналіз законодавства іноземних держав свідчить, що є різні варіанти вирішення зазначеного питання. Зокрема, норми парламентського права Росії та Німеччини не містять чітких кількісних рамок щодо складу парламентських слідчих комісій (комітетів). Проте, як зазначає Е. Коврякова, чисельність слідчого комітету Бундестагу залежить від складності проблеми, що розглядається, та визначається вищим представницьким органом ФРН. Обов'язковою умовою при цьому є представництво у даному комітеті всіх парламентських фракцій. Практика Бундестагу, в якому налічується 603 депутати, свідчить, що їх комітети переважно складаються з 5–7 членів [6, с. 139, 140].

Норми парламентського права інших держав все ж закріплюють допустиму чисельність

парламентських органів, що створюються з метою проведення розслідувань. Прикладом цього є ч. 2 ст. 2 Закону Республіки Польща «Про слідчу комісію Сейму» від 21.01.1999 р., згідно з якою до складу комісії може входити до 11 членів. При цьому загальна кількість депутатів Сейму становить 460 осіб. У свою чергу, ст. 140 Регламенту Національних Зборів Франції від 03.06.1959 р. [7] та ст. 26 Ордонансу від 17.11.1958 р. [8] передбачають, що комісії з розслідувань нижньої палати французького парламенту, яка складається з 577 депутатів, не можуть включати більш як 30 членів, обраних за мажоритарною системою. Фактичний чисельний склад вказаних комісій, створених з 1958 р., коливався від 12 до 30 осіб.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що практика застосування кількісної ознаки тимчасових слідчих комісій, створюваних Верховною Радою України, повністю відповідає загальносвітовим тенденціям. Проте, зважаючи на конституційно закріплену чисельність парламенту України та з метою врахування рекомендацій щодо визначення оптимальної чисельності вказаних комісій, на нашу думку, доцільно на законодавчому рівні регламентувати максимально та мінімально допустимі обсяги складу тимчасових слідчих комісій Верховної Ради України. Ми вважаємо, що вони повинні складатися з 6–20 членів. Саме такий кількісний склад слідчих комісій сприятиме підвищенню оперативності здійснюваних ними розслідувань, отже, утворюватиме вказані органи як один із ефективних інструментів вітчизняного парламентаризму.

Література

1. Конституційне право України / В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фріцький, О. В. Городецький, М. І. Корнієнко та ін.; За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 1999. – 734 с.
2. Конституційне право України / Ю. М. Тодика, В. С. Журавський. – К., 2002. – 542 с.
3. Гладун З. С., Федчишин М. Г. Основи конституційного права України. – Тернопіль, 1999. – 151 с.
4. Кравченко В. В. Конституційне право України. – К., 2004. – 568 с.
5. Керимов А. Д. Комиссии по расследованию и по контролю в Национальном собрании Франции (пятая республика). – М., 1991. – 29 с.
6. Коврякова Е. В. Парламентский контроль: зарубежный опыт и российская практика. – М., 2005. – 192 с.
7. Регламент Национального Собрания Франции // Французская Республика: Конституция и законодательные акты. – М., 1989. – С. 165–230.
8. Ордонанс о деятельности палат парламента от 17 ноября 1958 г. № 58-1100 // Французская Республика: Конституция и законодательные акты. – М., 1989. – С. 241–278.

The article examines the practice of quantitative traits temporary investigatory commissions generated by the Verkhovna Rada of Ukraine and other investigative bodies and the European Parliament on the basis of propositions about the law on the quantity of specified amounts of national parliament.

В статье исследуется практика применения количественного признака временных следственных комиссий, создаваемых Верховной Радой Украины, и следственных органов других европейских парламентов и на основе этого формулируются предложения по законодательному закреплению объемов количественного состава указанных органов отечественного парламента.



СПІВРОБІТНИЦТВО УКРАЇНИ Й ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В ГАЛУЗІ МИТНОЇ СПРАВИ

Ярослав Гудов,

докторант

Міжрегіональної академії управління персоналом,
м. Київ

У статті розкривається сутність співробітництва України й Європейського Союзу в галузі митної справи з урахуванням державної стратегії європейської інтеграції України щодо вдосконалення та поліпшення функціонування митного контролю на кордонах України.

Ключові слова: міжнародне митне співробітництво, митний кордон ЄС, митні органи України, Конвенція Міжнародного дорожнього перевезення, європейська митна інформаційна система.

Обравши одним із пріоритетів своєї зовнішньої політики інтеграцію в європейські структури й участь у загальноєвропейських процесах, Україна визначила магістральний напрям свого міжнародного митного співробітництва – міжнародне митне співробітництво з Європейським Союзом.

Прагнення нашої держави інтегруватися до європейської спільноти стає додатковим потужним стимулом соціально-економічних перетворень, у реалізації яких важливу роль відіграє митна служба України та здійснюваний нею міжнародний співпраці у галузі митної справи.

Мета цієї статті – комплексне дослідження міжнародно-правових, європейських заходів, що поступово впроваджуються Україною у галузі митної справи відповідно до європейських стандартів.

Розширення кордонів ЄС у 2004 р., пов'язане з прийняттям до його складу нових країн-членів, призвело до появи спільного кордону між ЄС та Україною, протяжність якого досягає близько 1400 км. Таке тісне сусідство, зумовлене, насамперед, питаннями економічної безпеки та забезпеченням надійного захисту громадян як ЄС, так і України активізувало українсько-європейське співробітництво у галузі митної справи. Серед вітчизняних дослідників, які займалися загальними проблемами та питаннями аналізу форм інтеграційного процесу України та Європейського Союзу, а також співробітництва України й Європейського Союзу у галузі митної справи, були такі вчені, як О. Гребельник, В. Гужва, Л. Доро-

феева, А. Дубініна, О. Єгоров, К. Колесников, І. Коросташова, Ю. Кунєв, А. Мазур, О. Морозов, Г. Виноградов, В. Науменко, С. Перепьолкін, С. Осика, С. Шапошник, А. Шершун та ін.

Україна у вимірі європейських держав – п'ята за кількістю населення та перша за розмірами території. Крім того, ЄС посів місце найбільшого торгового партнера України, територією нашої держави проходять чотири з десяти міжнародних транспортних коридорів загальноєвропейської мережі та два з п'яти євразійських транспортних коридорів.

Міжнародне співробітництво у галузі митної справи в Україні належить до основних завдань митних органів України (регіональні митниці та митниці), що підпорядковуються спеціально уповноваженому центральному органу виконавчої влади в галузі митної справи – Державній митній службі України (далі – ДМСУ).

Міжнародна діяльність ДМСУ в галузі митної справи спрямовується та координується Президентом України та Кабінетом Міністрів України, здійснюється за погодженням з Міністерством закордонних справ України. Для здійснення даного виду міжнародного співробітництва в структурі центрального апарату ДМСУ діє Департамент міжнародного митного співробітництва. В його структурі безпосередньо питаннями європейського співробітництва займається відділ європейської інтеграції та багатостороннього співробітництва [1].

З 1 січня 2009 р. на території Європейського Співтовариства всі операції транзиту на умовах Конвенції Міжнародної дорожньої перевезки (далі – МДП) (TIR) в обов'язко-

вому порядку здійснюються з використанням європейської митної інформаційної системи NCTS (New Customs Transit System).

У зв'язку з цим, перевізники – держателі книжок МДП як з ЄС, так і з інших країн, зобов'язані здійснювати завчасну передачу даних із книжки МДП (декларації МДП) в електронному вигляді до системи NCTS митних органів Європейського Співтовариства. Ці дії є обов'язковими, коли:

- операція МДП починається у митниці відправлення у країні ЄС;
- операція МДП починається у прикордонній митниці в'їзду на територію ЄС.

Разом із тим, як і раніше, необхідно надавати митним органам книжку МДП як митний документ. Якщо електронна декларація МДП не відправлена до NCTS, митні органи країн ЄС відмовлятимуть у прийнятті книжки МДП до оформлення (єдиний виняток – аварійний режим, коли система NCTS не працює).

Нова система має значні переваги:

- прискорення обробки книжки МДП під час відкриття операції МДП у митниці відправлення та прикордонній митниці в'їзду на територію ЄС;
- прискорення завершення операції МДП на території ЄС, оскільки дані передаються між митницями електронним зв'язком;
- забезпечення ефективного контролю та безпеки перевезень.

На сьогодні існує декілька способів передачі електронної декларації МДП до системи NCTS: безкоштовно, за допомогою прикладної інтернет-програми TIR-EPD (адреса: <http://www.nctstir.org>), яка підтримується розташованим у Швейцарії Міжнародним союзом автомобільного транспорту – International Road Transport Union (IRU), email: tirncts@iru.org, тел.: +41-22-918-27-00, +41-22-918-20-68; +41-22-918-27-23, факс +41-22-918-27-29;

Шляхи передачі даних через Інтернет: електронна пошта, FTP-сервер, Веб-служби, X.400. Файли передаються до центрального митного органу країни – учасниці ЄС, що робить їх доступними для підпорядкованих митниць. Формат файла, що базується на нормах ЄС (IE15), є сумісним із національними вимогами країн – учасниць ЄС.

TIR-EPD вже впроваджено спільно з митними органами Чеської Республіки, Словацької Республіки, Угорської Республіки, Республіки Польща й Естонії.

Пріоритетом є поширення TIR-EPD у країнах, розташованих на кордонах ЄС. Для доступу до програми TIR-EPD через прий-

нятий інтерфейс користувач книжки МДП, завчасно одержавши регламентований доступ, вносить до програми свій індивідуальний ідентифікаційний номер, номер книжки МДП, яка знаходиться в його розпорядженні, а також строк дії, зазначений в книжці МДП. Ця інформація перевіряється системою Cute-Wise, після чого надається доступ до введення даних по книжці МДП.

В електронній формі декларації МДП необхідно буде вказувати такі дані: країна відправлення; країна призначення; реєстраційний номер транспортного засобу; свідоцтво про допущення; номер контейнера; номер книжки МДП; її користувач; додаткові документи; маркування; тип і нумерація упаковок; вага вантажу; дата та місце декларування; відправник вантажу й одержувач. Ці дані можна отримати з книжки МДП і міжнародної товарно-транспортної накладної (CMR).

Копія електронної попередньої декларації за бажанням користувача направляється йому на електронну пошту.

Українсько-європейські відносини співробітництва в галузі митної справи значною мірою базуються на положеннях укладеної 14 червня 1994 р. в Люксембурзі Угоди про партнерство і співробітництво між Україною й Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14.06.1994 р.

Митне співробітництво між Україною й ЄС здійснюється у таких напрямках:

- згідно із ст. 51 УПС – зближення чинного та майбутнього митного законодавства України із законодавством Співтовариства;
- надання технічної допомоги, якої може потребувати Україна при здійсненні заходів, пов'язаних із зближенням законодавства. Допомога може передбачати, зокрема, обмін експертами; завчасне надання інформації, перш за все стосовно відповідного законодавства; організацію семінарів; професійну підготовку; допомогу у здійсненні перекладу законодавства Співтовариства у відповідних секторах;
- надання взаємної допомоги у вирішенні митних питань відповідно до положень Протоколу про надання адміністративними органами взаємної допомоги у вирішенні митних питань.

З метою досягнення зближення української митної системи з митною системою Співтовариства ст. 76 УПС визначає безпосередні форми митного співробітництва між договірними сторонами: обмін інформацією; вдосконалення методів роботи; запровадження об'єднаної номенклатури й єдиного адміністративного документа; взаємозв'язок між транзитними системами Співтовариства й Укра-

їни; спрощення перевірок і формальностей, що стосуються перевезення товарів; підтримку впровадження сучасних митних інформаційних систем; організацію семінарів і навчальних циклів.

Відповідно до положень УПС важливою формою митного співробітництва стали проекти технічної допомоги для митної служби України за програмою ТАСІС. Задля забезпечення ефективного співробітництва в рамках УПС запроваджені двосторонні органи – Рада з питань співробітництва між Україною й ЄС, Комітет з парламентського співробітництва та Комітет з питань співробітництва між Україною й ЄС, а також система галузевих підкомітетів, що діють у рамках останнього [2, с. 57].

ДМСУ бере активну участь у роботі зазначених органів. Так, Рада з питань співробітництва представлена Головою Служби; Комітет з питань співробітництва, представляє перший заступник Голови Служби. З метою поглиблення та вдосконалення відносин між нашою державою й ЄС значний обсяг роботи виконує Радник з митних питань при Представництві України при Європейських Співтовариствах (Європейському Союзу).

Таким чином, зв'язки встановлені між Україною й ЄС із метою забезпечення ефективного вирішення питань взаємного співробітництва в галузі митної справи, свідчать, що взаємовідносини здійснюються як безпосередньо між ДМСУ та Європейською Комісією з питань, що регулюються УПС, так і опосередковано – через Євромитницю (коли йдеться про реалізацію проектів ТАСІС для Державної митної служби України), а також, оскільки питання боротьби з порушеннями митних правил все ще залишаються у віданні держав – учасниць ЄС, у формі двосторонніх відносин на основі положень Протоколу про надання адміністративними органами взаємної допомоги у вирішенні митних питань і двосторонніх угод про співробітництво та взаємодопомогу в митних справах, укладених у розвиток положень зазначеного Протоколу [1, с. 25].

CBC (Cross-Border Co-operation Programme) – Програма прикордонного співробітництва (далі – ППС) розпочата у 1996 р. Вона має на меті зміцнення управління й інфраструктури східних кордонів країн – кандидатів на членство у Євросоюзі та налагодження регіонального партнерства між країнами – кандидатами Центральної Європи та Молдовою, Росією, Україною, Білоруссю.

Програма ТАСІС прикордонного співробітництва спрямована на:

- сприяння прикордонним регіонам у подоланні перешкод до розвитку;

- заохочення до поєднання мереж з обох сторін кордону (наприклад, обладнання на кордонних переходах);

- прискорення процесу трансформації в країнах-партнерах шляхом їх співпраці з прикордонними регіонами Євросоюзу, Центральної та Східної Європи;

- зменшення транскордонного екологічного ризику та забруднення.

Крім того, для підсилення результату допомогу слід обмежити трьома сферами співпраці відповідно до Стратегічної доповіді щодо ППС ТАСІС [3]:

- розвиток мереж інфраструктури;

- активізація захисту довкілля й управління природними ресурсами;

- підтримка приватного сектора та сприяння економічному розвитку.

Саме тому актуальною є імплементація міжнародних стандартів і стандартів ЄС у національне законодавство України, що вимагає:

- завершити впровадження нормативно-правової бази, необхідної для імплементації Митного кодексу, відповідно до міжнародно визнаних стандартів, передусім угод СОТ, зокрема, що стосується митної вартості, а також митного законодавства ЄС;

- подальшого перегляду Митного кодексу з урахуванням положень законодавства ЄС і раніше наданих рекомендацій;

- прийняття та поновлення чинної Гармонізованої системи з метою подальшого прийняття Комбінованої номенклатури, як це передбачено УПС;

- впровадження митного контролю, заснований на аналізі ризиків, та визначення необхідного організаційного забезпечення;

- підготовки та введення в дію законодавства у митній сфері щодо митного контролю прекурсорів, контрафактної та піратської продукції, товарів подвійного призначення, предметів культури;

- удосконалення функціонування митниці (Customs service); спрощення та модернізації митних процедур на кордонах і всередині держави;

- розроблення підходів «одне вікно» для всієї документації, пов'язаної з зовнішньоторговельними операціями та контролем, перш за все, шляхом активізації співробітництва між усіма службами, що працюють на кордоні;

- започаткування механізму постійного інформування та надання консультацій суб'єктам ЗЕД щодо законодавства і процедур здійснення експортних та імпортних операцій;

- прийняття та впровадження політики митної етики на основі визнаних у світі стандартів (Арушська декларація);
- забезпечення підвищення кваліфікації працівників митної служби, посилення комп'ютеризації митної адміністрації, модернізації митних лабораторій.

Висновки

Міжнародне співробітництво в галузі митної справи в Україні належить до основних завдань митних органів України (регіональних митниць та митниці), що підпорядковуються спеціально вповноваженому центральному органу виконавчої влади в галузі митної справи – Державній митній службі України. Міжнародну діяльність ДМСУ необхідно зорієнтувати передусім у напрямі підготовки та створення нової правової бази з міжнародного співробітництва в галузі митної справи між Україною й ЄС, а також розширення практичних форм міжнародної співпраці (наприклад, через створення спільних пунктів пропуску на митному кордоні України й ЄС) між митними органами України й іншими уповноваженими органами (наприклад, з Європолом) держав-членів Європейських Співтовариств. Лише за таких умов розвиток міжнародного співробітництва в галузі митної справи нашої держави з ЄС з часом може створити передумови для

поступової економічної інтеграції та поглиблення політичного співробітництва [1, с. 24].

Україна обрала свій пріоритет стосовно зовнішньої політики інтеграції в європейські структури, що підтверджується участю у загальноєвропейських процесах.

Інтеграційний шлях до ЄС складний, тому Україна повинна здійснити поступову гармонізацію чинного законодавства в галузі митної справи відповідно до Європейського та сформувати власну нормативно-правову базу в цій сфері.

Одним із найбільш дієвих способів наближення України до ЄС є продуктивне вивчення досвіду вступу нових членів ЄС, перш за все, країн Балтії, Вишеградської групи (Чеська Республіка, Польща, Словачька Республіка й Угорщина), Болгарії та Румунії, а також інтенсифікація практичного досвіду.

Література

1. *Перепьолкін С. М.* Міжнародне співробітництво України та Європейського Союзу в галузі митної справи // Науково-аналітичний журнал з питань митної справи та ЗЕД: Митна справа. – 2006. – № 6. – С. 23–26.
2. *Державна митна служба України*: Бюлетень Інформаційно-аналітичного митного управління. – К., 2002. – 64 с.
3. *Представництво* Європейської Комісії в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/delegations/ukraine/index_uk.htm>.

The article essence collaboration of Ukraine and European Union to exposed industry of custom business. State strategy of European integration of Ukraine is taken into account in relation to improvement of functioning custom control on the scopes of Ukraine.

В статті розкривається сутність співробітництва України і Європейського Союзу в отрасли таможенного дела с учетом государственной стратегии европейской интеграции Украины относительно совершенствования и улучшения функционирования таможенного контроля на границах Украины.



РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ПЕРЕКОНЛИВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ:

досвід Англії й України

Юрій Попов,

Центр комерційного права,
м. Київ

У статті доводиться, що рішення Європейського суду з прав людини у контексті прецедентного значення виявляються необов'язковими переконливими прецедентами, вони не можуть розглядатися ні як обов'язкові прецеденти за доктриною загального права *stare decisis*, ні як необов'язкові прецеденти за доктриною континентального права *jurisprudence constant*.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, прецедент, усталена судова практика, загальнообов'язковість судового рішення.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) називає власну практику прецедентною. Прецедентність полягає у тому, що цей суд при вирішенні справ схильний у цілому слідувати підходам, що застосовувалися ним раніше, якщо не визнає за необхідне їх змінити. Зокрема, в мотивувальній частині рішення суд замість відтворення висловлених ним раніше міркувань може послатися на міркування, висловлені у попередніх рішеннях. При цьому ЄСПЛ неодноразово наголошував, що він не зв'язаний власними попередніми рішеннями і, дійсно, час від часу змінює свої правові позиції. Це є виправданим, бо хоча можливість зміни судової практики не сприяє правовій визначеності, однак існує діалектична суперечність між правовою визначеністю і розвитком права [1, с. 509]. Загалом, можна однозначно стверджувати, що для ЄСПЛ власні рішення не є обов'язковими.

Разом із тим важливим є питання про те, як національні судові системи мають ставитися до прецедентної практики ЄСПЛ, чи не мають бути рішення ЄСПЛ обов'язковими у тому чи іншому значенні (принаймні для деяких з них), враховуючи, що учасниками Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) є країни з різними правовими традиціями, що належать як до англосаксонської правової сім'ї (країни загального права), так і до романо-германської правової сім'ї (країни континентального права).

Метою цієї статті є дослідження питання про те, до якого саме виду прецеденту слід віднести практику ЄСПЛ.

Перш як перейти власне до цього питання, згадаємо коротко різницю між правовими традиціями таких країн щодо загальнообов'язковості прецедентів. Будь-які види прецедентів (від лат. *praecedens* – попередній) призначені для слідування їм у судовій практиці. Це, однак, не означає, що всім видам прецедентів притаманна загальнообов'язковість. Навпаки, вона є

скоріш винятком і характерна лише для «англосаксонського» різновиду прецеденту. Зокрема, рішення ЄСПЛ не є обов'язковими для цього суду, що не заважає йому називати власну практику прецедентною.

Непритаманна загальнообов'язковість і прецеденту країн континентального права, де діє доктрина *jurisprudence constante*, що означає «усталена судова практика». Суди країн континентального права за усталеним уявленням не можуть прецедентом створювати норми права. Але правотворення не обмежується встановленням законодавчих текстів, а передбачає й інтерпретацію, тлумачення закону. Тлумачення, що дається судом при розгляді справ, не має загальнообов'язкової сили та має значення лише для сторін у цих справах. У той самий час, якщо інтерпретація щодо певного правового питання поширюється настільки, що стає загальноновживаною (усталеною), можна вести мову про здійснення правотворення судовою практикою. Дійсно, якщо виходити з того, що право діє саме так, як його «здійснюють», тобто як і наскільки його буде дотримано (право як «закон у дії» [2, с. 17]), то можна зробити висновок, що встановлення правила поведінки не слід зводити до словесної форми закону; слід включати до цього поняття і тлумачення [3, с. 36]. З цього впливає правотворча функція усталеної судової практики. Тому усталена судова практика є джерелом права країн романо-германської правової сім'ї, зокрема України.

У країнах загального права, де діє доктрина «*stare decisis*», що означає «слідування вирішеному раніше», як побічний результат здійснення правосуддя рішення суду у деяких випадках може вважатися у певному сенсі загальнообов'язковим (*binding case, authoritative precedent*), із аргументації якого виводиться певне правило, принцип, підхід (*ratio decidendi*), і застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за даних конкретних обставин. Рішення, що створює таким чином нове правило, має застосовуватись у частині *ratio decidendi* нижчими інстанціями (вертикальна

дія прецеденту) або тим самим судом чи іншими судами того ж рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ. Надалі називатимемо такі прецеденти англосаксонськими (хоч це і не дуже точно, бо англосаксонським є як «офіційний» чи «авторитетний» прецедент (*authoritative precedent*) за доктриною *stare decisis*, про який йдеться, так і переконливий прецедент (*persuasive precedent*) [4, с. 217]).

Істотною відмінністю континентального прецеденту від англосаксонського є те, що останній може бути створений одним судовим рішенням, а континентальний прецедент створюється завдяки появі низки судових рішень [5, с. 1165], тобто виникає якщо не внаслідок консенсусу [6, с. 28], то принаймні внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти. При цьому у країнах обох правових сімей існує спільний для них вид прецеденту – так званий переконливий прецедент (*persuasive precedent*): окремі судові рішення, які самі собою не створюють прецеденту ні в англосаксонському, ні в континентальному значенні, але з огляду на авторитетність суду, що їх прийняв, істотно впливають на практику інших судів, хоч і не є обов'язковими для них. У тому числі переконливий прецедент може створюватися і рішенням іноземного суду та впливати на практику національного суду, що особливо поширено у країнах загального права. У країнах континентального права переконливими прецедентами є окремі рішення вищих судів, які створюють підґрунтя для подальшого формування усталеної судової практики. Важко переоцінити і роль переконливого прецеденту при застосуванні міжнародних договорів різними національними судами, де англосаксонський прецедент не застосовується і не може застосовуватися для здійснення судової правотворчості [7, с. 882]. Наразі серед учених поширеною [8, с. 549] є точка зору, афористично сформульована лордом Денінгом (*Alfred Denning*) у справі *Trendtex Trading Corporation Ltd v Central Bank of Nigeria* [1977] Q.B.529: «міжнародне право не знає *stare decisis*». Тому застосування переконливих прецедентів, а також їх модифікація чи відхилення від них в інших переконливих прецедентах стають першими кроками перед тим, як роль судових рішень у таких справах стає схожою з роллю судових рішень за доктриною *jurisprudence constant* [9, с. 196; 10, с. 479].

Звернімося до досвіду Англії, яка входить до складу Великої Британії, що є учасником Конвенції, та в якій діє англосаксонський прецедент, (за доктриною *stare decisis* у її більш жорсткій модифікації). На перший погляд може скластися враження, що прецедент ЄСПЛ має сприйматися в Англії саме як англосаксонський прецедент і займати в ієрархії прецедентів найвищий щабель. Але нічого подібного не спостерігається. Навпаки, у разі конфлікту між прецедентом ЄСПЛ і прецедентом вищої

судової інстанції Англії застосовується останній [11]. Такий підхід сформульовано апеляційним судом у 2005 р. у справі *Leeds City Council v. Price and others and others* [2005] EWCA Civ 289. Апеляційний суд дійшов висновку, що прецедент, створений Палатою лордів у 2003 р. у справі *Harrow London Borough Council v Qazi* [2003] UKHL 43, є несумісним з прецедентом ЄСПЛ 2004 р. у справі *Connors v United Kingdom* (2004) 40 EHRR 189 і що за таких обставин він має керуватися прецедентом Палати лордів, а не прецедентом ЄСПЛ. Така позиція видається природною та не викликає подиву, бо ще раз підтверджує універсальність правила «міжнародне право не знає *stare decisis*».

Зазначений підхід був одноставно схвалений усіма членами Палати лордів у рішенні за наслідками розгляду скарги на рішення апеляційного суду у справі *Leeds City Council v. Price and others and others* [2006] UKHL 10 (зокрема пунктів 43, 50, 62, 121, 177, 178, 213 рішення). Таким чином створено, підтверджений вищою судовою інстанцією, прецедент щодо пріоритету в національних судах національного права над прецедентною практикою ЄСПЛ. При цьому рішення Палати лордів стоїть обох складових англійського права – як пріоритету національного прецеденту, так і пріоритету національного закону. Зокрема, лорд Хоуп (*Hope*) сформулював це таким чином: якщо національний закон не може бути витлумачений у спосіб, сумісний із Конвенцією (у світлі практики ЄСПЛ. – *Ю. П.*), то має застосовуватися закон (п. 86 рішення), а лорд Браун (*Brown*) наголосив на тому, що суд не може надати правам особи більшу вагу, ніж це передбачено національним законом (п. 202 рішення), і має виходити з того, що національний закон відповідає Конвенції (п. 203 рішення).

У рішенні також підкреслюється, що національні суди не повинні без вагомої причини (*strong reason*) розбавляти чи ослаблювати (*dilute or weaken*) вплив прецедентної практики Страсбурга (п. 87 рішення).

З огляду на викладене, тим більше не можуть бути рішення ЄСПЛ обов'язковими для судів країн континентального права, бо континентальне право відноситься до загальнообов'язкового прецеденту як до чужого, відкидає його [12, с. 12; 13, с. 593]. При цьому прецедентну практику ЄСПЛ, хоча б і багаторазово підтверджену, важко віднести до усталеної судової практики за доктриною континентального прецеденту *jurisprudence constante*, оскільки практика ЄСПЛ не є практикою судів національної судової системи.

На нашу думку, рішення ЄСПЛ для судових органів країн, які можуть бути відповідачами в цьому суді, мають силу переконливого прецеденту, який притаманний країнам обох правових сімей. Дійсно, суди таких країн при розгляді справ, як правило, зважають на рішення ЄСПЛ, на них не можуть не впливати правові позиції, раніше висловлені ЄСПЛ, хоча на

суди і не покладено обов'язку їм автоматично слідувати. З цього приводу заслуговує на увагу цитата, що згадується у літературі [14, с. 467], з рішення Федерального Конституційного суду ФРН, де щодо рішень ЄСПЛ зазначено: «Суди за будь-яких обставин несуть обов'язок брати до уваги рішення, що стосуються вже вирішених ним справ, якщо вони здійснюють повторний розгляд справи відповідно до встановленої процедури і *здатні взяти до уваги рішення без порушення матеріального права*» (курс. наш. – Ю. П.). Як бачимо, цей підхід є близьким до наведених суджень лорда Хоупа та лорда Брауна.

На думку С. Шевчука, є два найважливіших правових аргументи на користь визнання обов'язковості практики ЄСПЛ для України [14, с. 455]:

- пункт 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 р., де зазначено, що «Україна повністю визнає на своїй території дію ... статті 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції»;

- стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Видається, що перший із цих аргументів не витримує критики як тому, що вже давно діє зовсім інша редакція ст. 46 Конвенції, так і тому, що визнання обов'язковою юрисдикції суду й обов'язковості практики суду – зовсім різні поняття. Не можна погодитись і з другим аргументом, що ніби обов'язковість практики ЄСПЛ для українських судів впливає із ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», де вказано, що суди застосовують при розгляді справ, зокрема, практику Суду як джерело права (ця думка висловлюється інколи й авторами, які негативно ставляться до ідеї насадження такої обов'язковості [15, с. 9]). Це впливає вже з того, що одним із джерел права є усталена судовою практикою, тобто поняття джерела права та поняття усталеної судової практики співвідносяться як родові та видові. Тож оскільки континентальний прецедент не передбачає обов'язковості, то і віднесення того чи іншого правового феномена до джерел права не означає автоматично, що він передбачає обов'язковість. Зазначене положення Закону не створює регулювання, а тому є не нормою, а теоретичним висновком (хоч і правильним, на нашу думку), якому місце не у законі, а в підручнику. Тому включення цього положення до Закону є нічим іншим, як юридико-технічною помилкою [16, с. 124].

Існує думка, що обов'язковість практики ЄСПЛ для українських судів впливає із п. 2

ст. 237 Кодексу адміністративного судочинства України та аналогічних положень інших процесуальних кодексів, де зазначено, що судові рішення можуть бути переглянуті Верховним Судом України (далі – ВСУ) за винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судових рішень міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України. Але, по-перше, наявність такої підстави для перегляду судових рішень не означає обов'язку ВСУ слідувати прецедентам ЄСПЛ, а лише передбачає можливість ВСУ переглянути своє рішення, якщо він визнає це за необхідним; по-друге, зазначені положення процесуальних кодексів взагалі не можуть застосовуватися, бо ЄСПЛ не визнає *судових рішень* такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, натомість він визнає порушення Конвенції *державою Україна*. Слушною є і думка А. Мірошніченка¹ про те, що, вирішуючи справу (у тому числі питання про «справедливе відшкодування»), ЄСПЛ у багатьох випадках остаточно та повно вирішує питання про захист порушеного права, і подальше втручання національного суду в таких випадках не є необхідним.

Слід віддати належне ВСУ: він, схоже, ставиться до прецедентної практики ЄСПЛ як до такої, що не є обов'язковою для судів. Про свідчить реакція ВСУ на рішення ЄСПЛ у справах «Сокуренько та Стригун проти України» від 20.07.2006 р. та «Верітас проти України» від 13.11.2008 р.

У першій з цих справ ЄСПЛ зазначив, що згідно із ст. 111¹⁸ Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України ВСУ, скасувавши постанову Вищого господарського суду (далі – ВГС) України, міг або повернути справу на новий розгляд до нижчого суду, або ж припинити провадження у справі; натомість він залишив у силі постанову апеляційного суду, і такі дії не були передбачені ГПК. Тому, на думку ЄСПЛ, ВСУ не може вважатися «судом, встановленим правом»² у значенні п. 1 ст. 6 Конвенції. Такого ж висновку ЄСПЛ дійшов і при розгляді справи «Верітас проти України». При цьому ЄСПЛ не врахував того, що поняття «право» включає не тільки закони, а й їх тлумачення, що апеляційний суд, чіткі рішення залишено в силі, вочевидь є судом, встановленим законом. Крім того, як справедливо зазначено в окремій думці судді Ягер (*Jaeger*) у справі «Сокуренько та Стригун проти України», ЄСПЛ вийшов за межі, встановлені Конвенцією. Дійсно, ЄСПЛ вдавсь до тлумачення національного законодавства, причому витлумачив його всупереч уста-

¹Приватне повідомлення.

²В «офіційному» перекладі на українську цього рішення, як і в «офіційному» перекладі Конвенції, застосовано вираз «судом, встановленим законом», у той час як в оригінальних текстах застосовано вираз «tribunal established by law», що на нашу думку, слід перекладати як «судом, встановленим правом».

леній практиці національної вищої судової інстанції, що не належить до компетенції ЄСПЛ.

ВСУ не погодився з правовою позицією ЄСПЛ, оскільки скасування законного рішення суду нижчої інстанції є конституційно недопустимим. Іншими словами, ВСУ дійшов висновку про наявність прогалини у ст. 111¹⁸ ГПК України, яку він і заповнив власною судовою практикою. Тому ВСУ продовжує практику скасування постанов ВГС із залишенням в силі судових рішень апеляційної або першої інстанції.

На нашу думку, позиція ВСУ є правильною не тільки з огляду на Конституцію України, а й тому, що скасування всіх рішень у справі, включаючи законне рішення суду однієї з нижчих інстанцій, із направленням справи на новий розгляд, було б порушенням положення ст. 6 Конвенції щодо розумного строку судового розгляду. Таким чином, ВСУ зайняв виважену позицію, не прислухавшись до думки ЄСПЛ, на що у ВСУ є дуже вагомні причини.

Слід зазначити, що відсутність загальнообов'язковості правових позицій, які містяться в рішеннях ЄСПЛ, для національних судових систем, зокрема для судів держав, проти яких такі рішення ухвалені, не означає, що такі рішення не є обов'язковими для цих держав. Зокрема, зазначені рішення ЄСПЛ проти України є обов'язковими для держави Україна, якій слід знайти спосіб уникнення в майбутньому подібних рішень. Видається, що таким способом має бути не зміна практики ВСУ (яка є, на нашу думку, бездоганною у цьому відношенні та не може бути змінена так, щоб не порушувати Конвенцію в іншій частині), а зміна Верховною Радою України редакції ст. 111¹⁸ ГПК.

Висновки

Рішення ЄСПЛ слід розглядати як такі, що мають значення переконливих прецедентів. Правові позиції, сформовані прецедентними рішеннями ЄСПЛ, не є обов'язковими для судів національних судових систем, зокрема для судів держав, проти яких такі рішення ухвалені. Розглянута практика вищих судових інстанцій Англії й України відповідають такому підходу.

The author proves that judgements of the European Court of Human Rights in the context of precedential value appear to be unbinding persuasive precedents. They can not be regarded neither as binding cases according to the common law doctrine of stare decisis nor as unbinding cases according to the civil law doctrine of jurisprudence constante.

В статтє доказывается, что решения Европейского суда по правам человека в контексте прецедентного значения оказываются необязательными убедительными прецедентами, они не могут рассматриваться ни как обязательные прецеденты согласно доктрине общего права stare decisis, ни как необязательные прецеденты согласно доктрине континентального права jurisprudence constante.

Література

1. *Re E. D. Stare Decisis* // F. R. D. – 1979. – Vol. 79. – P. 509–519.
2. *Цуппеліус Р.* Юридична методологія. – К., 2004. – 176 с.
3. *Попов Ю.* Суддівське правотворення на прикладі регулювання відносин щодо неукладених угод // Юридичний радник. – 2005. – № 5. – С. 34–38.
4. *Salmond W. J.* The theory of judicial precedents // Precedents, statutes, and analysis of legal concepts / edited with an introduction by Scott Brewer. – 1998. – Vol. 2. – P. 214–230.
5. *Knight K. M.* The total and absolute pollution exclusions are neither total nor absolute, at least for now: *Doerr v. Mobil oil corporation* // *Loy. L. Rev.* – 2001. – Vol. 47. – P. 1153–1174.
6. *Markel A. W.* Law in translation: Language, Legitimacy and Conflicts of Law // *Ariz. Att'y.* – 2008. – Vol. 44–JUN. – P. 24–30.
7. *Vadi V. S.* Investing in culture: underwater cultural heritage and international investment law // *Vand. J. Transnat'l L.* – 2009. – Vol. 42. – P. 853–904.
8. *Lauterpacht E., Greenwood C. J.* International Law Reports. – Cambridge: Cambridge University Press, 1983. – Vol. 64. – 768 p.
9. *Markel A.* American, English and Japanese warranty law compared: should the U. S. reconsider her article 95 declaration to the CISG? // *Pace Int'l L. Rev.* – 2009. – Vol. 21. – P. 163–204.
10. *Hackney P.* Is the United Nations Convention on the international sale of goods achieving uniformity? // *La. L. Rev.* – 2001. – Vol. 61. – P. 473–486.
11. *Pillans B.* Thus far and no further. Are we saying it loud enough? // *Comms. L.* – 2007. – Vol. 12. – P. 213–219.
12. *Stigall D. E.* Comparative law and state-building: the «organic minimalist» approach to legal reconstruction // *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* – 2007. – Vol. 29. – P. 1–42.
13. *Haazen O. A.* Book Review: Precedent in the world court // *Harv. Int'l L.J.* – 1997. – Vol. 38. – P. 587–602.
14. *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К., 2007. – 640 с.
15. *Кононенко В., Огієнко Д.* «Мертві зони» Європейської Конвенції з прав людини або недоліки прецеденту? // *Адвокатура.* – 2007. – № 1–2. – С. 8–9.
16. *Попов Ю.* Забезпечення виконання зобов'язання: прощання з міфом // *Право України.* – 2008. – № 12. – С. 118–125.



СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КОНВЕНЦІЄЮ ПРО УНІФІКАЦІЮ ДЕЯКИХ ПРАВИЛ МІЖНАРОДНИХ ПОВІТРЯНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ, ПІДПИСАНОЮ У МОНРЕАЛІ 28.05.1999 р.

Ірина Діковська,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри цивільного права

Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті аналізуються норми Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень, підписаної у Монреалі 28.05.1999 р., що визначають міжнародну підсудність, особливості арбітражного розгляду спорів про відповідальність перевізника з міжнародних повітряних перевезень.

Ключові слова: Монреальська конвенція 1999 року, міжнародна підсудність, арбітраж.

Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень, підписана у Монреалі 28.05.1999 р. (далі – Монреальська конвенція), набула чинності в Україні 6 травня 2009 р. Вона містить ряд новел правового регулювання окремих питань виконання повітряних перевезень. Зокрема, це стосується способів вирішення спорів про відповідальність.

Метою цієї статті є аналіз правових норм Монреальської конвенції, що визначають міжнародну підсудність, особливості арбітражного розгляду спорів, співвіднесення їх з правилами інших нормативно-правових актів та вироблення практичних рекомендацій щодо особливостей вирішення спорів про відповідальність перевізника під час виконання міжнародних повітряних перевезень.

З аналізу положень Монреальської конвенції випливає, що вона закріплює можливість вирішення спорів про відповідальність у державних судах та в арбітражі. При цьому з аналізу положень ст. 34 Конвенції випливає, що під арбітражем у даному випадку слід розуміти недержавний судовий орган, що вирішує спори на підставі угоди сторін.

Монреальська конвенція не регулює процедуру розгляду спору у державному суді, оскільки за загальним правилом така процедура регулюється правом держави суду. Однак вона виконує інше важливе завдання: встановлює правила визначення юрисдикції судів різних держав. Монреальська конвенція встановлює п'ять способів визначення юрисдикції щодо розгляду спорів про

відповідальність, чотири з яких відомі ще з часу дії Конвенції для уніфікації деяких правил, що стосуються міжнародних повітряних перевезень, підписаної у Варшаві 12.10.1929 р., із змінами, внесеними Гаазьким протоколом від 28.09.1955 р. (далі – Варшавська конвенція).

В цілому у Монреальській конвенції можна виділити загальні та спеціальні правила визначення юрисдикції державних судів.

Загальні правила передбачають декілька альтернативних способів визначення міжнародної юрисдикції. Вони збігаються із способами визначення юрисдикції у Варшавській конвенції. Так, позов про відповідальність може подаватися за вибором позивача на території однієї з держав-сторін до суду за місцем: 1) знаходження перевізника; або 2) його основної діяльності; або 3) знаходження комерційного підприємства, через яке був укладений договір; або 4) призначення перевезення (ч. 1 ст. 28 Варшавської конвенції, ч. 1 ст. 33 Монреальської конвенції).

Спеціальне правило визначення міжнародної юрисдикції передбачене щодо справ із позовів про відшкодування шкоди, заподіяної в результаті загибелі або тілесного ушкодження пасажирів. Зокрема, позов з цієї категорії справ може бути поданий на території держави-сторони, «в якій пасажир на момент події має основне й постійне місце проживання»¹ та до якої або з якої перевізник надає

¹Під основним і постійним місцем проживання пасажирів в даному випадку слід розуміти одне зафіксоване й постійне місце проживання пасажирів на момент події. Громадянство пасажирів не є визначальним фактором стосовно цього (ч. 3 ст. 33 Монреальської конвенції).

послуги, пов'язані з повітряним перевезенням пасажирів на власних повітряних суднах або на повітряних суднах іншого перевізника на підставі комерційної угоди¹, і в якій цей перевізник здійснює діяльність, пов'язану з повітряним перевезенням пасажирів, використовуючи приміщення, орендовані самим перевізником чи іншим перевізником, з яким він має комерційну угоду, або які належать йому або такому іншому перевізнику» (ч. 2 ст. 33 Монреальської конвенції).

Водночас позови про відшкодування шкоди, заподіяної в результаті загибелі або тілесного ушкодження пасажирів, можуть розглядатися судом, що визначений відповідно до загальних правил ч. 1 ст. 33 Монреальської конвенції.

Новелою Монреальської конвенції є й те, що вона передбачила можливість арбітражного розгляду спорів у певних випадках. При цьому Конвенція не визначає, до якого саме арбітражу можуть звернутися сторони: внутрішнього чи міжнародного. Відтак, слід зробити висновок, що спір про відповідальність повітряного перевізника може розглядатися як внутрішнім, так і міжнародним арбітражем, за умови, що законодавство певної держави дає можливість вирішення таких спорів у цей спосіб.

Зокрема, слід звернути увагу на те, що відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. внутрішнім третейським судам в Україні не підвідомчі справи, коли хоча б одна із сторін спору є нерезидентом України.

Таким чином, якщо авіакомпанія та вантажовідправник є резидентами України, то, на наш погляд, спір про відповідальність перевізника з договору міжнародного повітряного перевезення може розглядатися і внутрішнім третейським судом в Україні.

Умовою розгляду спору про відповідальність перевізника з договору міжнародного вантажного повітряного перевезення міжнародним комерційним арбітражем є перебування комерційного підприємства хоча б однієї із сторін за кордоном (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р.)². Відтак, слід зро-

бити висновок, що якщо комерційне підприємство вантажовідправника та/або перевізника розташовані за кордоном, спір про відповідальність перевізника з договору міжнародного повітряного перевезення може розглядатися міжнародним комерційним арбітражем в Україні.

На підставі аналізу ст. 34 Монреальської конвенції можна встановити особливості арбітражного способу вирішення спору, визначеного в ній. *Перша особливість* стосується предмета спору. Так, на розгляд арбітражу можуть передаватися лише спори, що стосуються відповідальності перевізника з договору перевезення вантажу (ч. 1 ст. 34). *Друга особливість* полягає у тому, що Конвенція обмежує місця проведення арбітражу. Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 34 арбітражний розгляд за вибором позивача проводиться в одному з місць відповідно до юрисдикції суду, передбаченої ст. 33 Конвенції.

Нагадаємо, що ст. 33 Монреальської конвенції встановлює п'ять способів визначення юрисдикції державного суду, причому останній спосіб, встановлений ч. 2 цієї статті, стосується спорів про відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю пасажирів.

Однак, оскільки ст. 34 для визначення місця арбітражного розгляду спору відсилає до ст. 33 в цілому, на наш погляд, арбітраж може проводитися в державі: 1) місцезнаходження перевізника; або 2) місця його основної діяльності; або 3) місця, де знаходиться комерційне підприємство, через яке був укладений договір; або 4) місця призначення

підписана у Відні 11.04.1980 р. (далі – Віденська конвенція), пов'язує сферу своєї дії з декількома чинниками у тому числі з тим, що «комерційні підприємства сторін знаходяться у різних державах» (п. 1 ст. 1). Коментар до Віденської конвенції визначає комерційне підприємство як постійне місце здійснення ділових операцій. Місце, в якому велися переговори та/або був укладений договір купівлі-продажу, саме по собі не може розглядатися як комерційне підприємство у розумінні Конвенції. Місце підприємницької діяльності агента, який укладає договір для будь-якої із сторін договору, не може бути комерційним підприємством сторони в силу лише факту укладення договору. Комерційним підприємством може бути місцезнаходження головної контори юридичної особи, а також її представництво чи філіал. Якщо місце діяльності агента, представництва, філіалу продавця чи покупця тісно пов'язане з договором купівлі-продажу та його виконанням, саме його слід розглядати як комерційне підприємство [1].

На наш погляд, наведене розуміння комерційного підприємства може використовуватися під час застосування актів, що регулюють міжнародний комерційний арбітраж, оскільки воно здійснене з урахуванням практики та звичаїв міжнародного ділового обороту.

¹«Комерційна угода» означає угоду між перевізниками, крім агентської угоди, що стосується надання ними спільних послуг, пов'язаних з повітряними перевезеннями пасажирів (ч. 3 ст. 33 Монреальської конвенції).

²При цьому слід звернути увагу на те, що Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не розкриває значення терміна «комерційне підприємство». Вказаний термін вживається і в інших нормативно-правових актах, що використовуються для регулювання міжнародних комерційних відносин. Зокрема, Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів,

перевезення; або 5) в якій вантажовідправник на момент події мав основне і постійне місце проживання або місцезнаходження, та до якої або з якої перевізник надає послуги, пов'язані з повітряним перевезенням вантажів.

Третя особливість стосується обов'язковості застосування арбітражним судом положень Монреальської конвенції, що є винятком із загального правила про застосування норм права третейським судом. Адже сьогодні міжнародні конвенції та внутрішнє законодавство більшості держав надає сторонам можливість самостійно обрати право, що застосовується до договору. У випадках, коли сторони не здійснили вибору права, арбітражний суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними. Крім того, він наділений правом приймати рішення *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», у тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це. В усіх випадках арбітражний суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди. Ці принципи закріплені ст. 7 Європейської конвенції про міжнародний торговий арбітраж, підписаної 21.04.1961 р. (далі – Європейська конвенція), ст. 33 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ 1976 р., ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Крім того, цей принцип відображений у регламентах арбітражних установ (наприклад, ст. 17 Регламенту Міжнародної торгової палати, ч. ст. 14 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України).

Обов'язковість застосування арбітражним судом положень Монреальської конвенції (п. 3 ст. 33) та обов'язковість розгляду спору в одному із визначених Конвенцією місць (п. 2 ст. 33) зумовлюють правило, за яким «положення пунктів 2 і 3 ст. 33 вважаються складовою частиною будь-якого арбітражного застереження або домовленості, і будь-яка умова такого застереження або домовленості, несумісна з ними, є недійсною та не має юридичної сили» (п. 4 ст. 33).

Крім того, Монреальська конвенція встановлює письмову форму угоди про передачу до арбітражу спорів про відповідальність повітряного перевізника, що виникають з договорів перевезення вантажів.

При цьому слід зауважити, що Конвенція не визначає, що слід розуміти під письмовою формою арбітражної угоди. Дотримання форми арбітражної угоди є однією з умов її дійсності. Із підп. «а» п. 1 ст. V Конвенції про приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, підписаної 10.06.1958 р. (далі – Нью-Йоркська конвенція), випливає, що питання форми арбітражної угоди повин-

но вирішуватися на підставі права тієї держави, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду, а за відсутності вибору права сторонами – права тієї держави, де було винесено арбітражне рішення.

В Україні форма арбітражної угоди, що є підставою розгляду спору у міжнародному комерційному арбітражі, визначається на підставі положень Нью-Йоркської конвенції, Європейської конвенції та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Аналіз цих нормативно-правових актів свідчить про те, що у них відсутнє єдине розуміння письмової форми арбітражної угоди.

Відповідно до п. 2 ст. II Нью-Йоркської конвенції «письмова угода» означає арбітражне застереження у договорі, чи арбітражну угоду, підписану сторонами, чи таку, що міститься в обміні листами чи телеграмами.

З підп. «а» п. 2 ст. I Європейської конвенції випливає, що арбітражна угода є укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься у письмовій угоді, укладеній між сторонами, або існує у вигляді окремої угоди, підписаної сторонами, чи міститься в обміні листами, телеграмами чи повідомленнями по телетайпу.

Згідно з ч. 2 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Враховуючи те, що Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» був розроблений на підставі положень Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 1985 р., таке визначення письмової форми арбітражної угоди міститься й у законодавстві інших держав.

Водночас, слід відмітити, що у 2006 р. вказаний Типовий закон був переглянутий¹.

¹Генеральною Асамблеєю ООН 04.12.2006 р. на 64-му пленарному засіданні прийнята резолюція, за якою Генеральна Асамблея рекомендувала усім державам розглянути можливість прийняття переглянутих статей Типового закону при прийнятті чи перегляді свого законодавства з урахуванням бажаності забезпечення однаковості законодавства про арбітражні процедури і конкретні потреби практики міжнародного комерційного арбітражу.

В одному із запропонованих варіантів ст. 7 Закону письмова форма визначається як будь-яка форма, що фіксує зміст арбітражної угоди, незалежно від того укладена арбітражна угода чи договір в усній формі, на підставі поведінки сторін чи за допомогою інших засобів. Вимога про укладення арбітражної угоди є дотриманою, якщо угода укладена за допомогою електронного повідомлення, за умови, що інформація, яка у ньому міститься, є доступною для подальшого використання. При цьому під «електронним повідомленням» слід розуміти повідомлення, яке сторони передають за допомогою повідомлень даних. Останнє, у свою чергу, означає інформацію, підготовану, відправлену, отриману чи таку, що зберігається, за допомогою електронних, магнітних, оптичних чи аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс чи факс, але не обмежується ними [2].

За свідченням Ю. Притики, у зарубіжній практиці використання електронних засобів зв'язку для укладення третейських угод прирівнюється до письмової форми [3, с. 316].

Питання щодо форми арбітражної угоди набуває особливої актуальності, оскільки сам договір повітряного вантажного перевезення згідно зі ст. 4 Монреальської конвенції може укладатися за допомогою будь-яких засобів, які зберігають запис про перевезення, що здійснюватиметься. Можна припустити, що якщо договір був укладений в електронній формі, то і арбітражна угода, яка його стосується, буде укладена у тій самій формі.

На наш погляд, Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» дає можливість віднести електронну форму арбітражної угоди до письмової форми. Крім того, цього вимагають потреби ділового обороту. Водночас, Україна бере участь у Нью-Йоркській та Європейській конвенціях, які, як зазначалося, не передбачають того, що електронна форма арбітражної угоди є письмовою формою. Положення Європейської конвенції про те, що арбітражна угода може бути укладена у будь-якій формі, дозволеній законами держав, у яких «жоден із законів не

вимагає письмової форми для арбітражної угоди», не може використовуватися в Україні, оскільки ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» вимагає письмової форми арбітражної угоди.

Якщо спір про відповідальність повітряного перевізника з договору міжнародного вантажного перевезення буде підвідомчий внутрішньому третейському суду в Україні, то арбітражна угода може бути укладена у тому числі і в електронній формі. Такий висновок випливає з ч. 4 ст. 12 Закону України «Про третейські суди», відповідно до якої «третейська угода вважається укладеною, якщо вона підписана сторонами чи укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням засобів електронного чи іншого зв'язку, що забезпечує фіксацію такої угоди, або шляхом направлення відзиву на позов, в якому одна із сторін підтверджує наявність угоди, а інша сторона проти цього не заперечує».

Висновок

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що Монреальська конвенція закріплює права сторін на вирішення спорів про відповідальність у державних судах, пропонуючи п'ять способів визначення їх юрисдикції. Крім того, спори про відповідальність перевізника з вантажних перевезень можуть бути передані на розгляд третейського суду. Монреальська конвенція містить спеціальні вимоги щодо змісту арбітражної угоди, місця проведення арбітражу та форми арбітражної угоди.

Література

1. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров (CISG): Постатейный комментарий [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cisg.ru>.
2. Пересмотренные статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (Приложение 1 к докладу ЮНСИТРАЛ на ее 39-й сессии 7 июля 2006 года) // Практика международного коммерческого арбитража. – 2007. – № 3–4.
3. Притика Ю. Д. Проблемы захисту цивільних прав у суді. – К., 2006. – 636 с.

The article analyzes the rules of Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999) for the determination of international jurisdiction, the peculiarities of arbitration of carrier's liability in international air carriage.

В статье анализируются нормы Конвенции об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок, подписанной в Монреале 28.05.1999 г., определяющие международную подсудность, особенности арбитражного рассмотрения споров об ответственности перевозчика в международных воздушных перевозках.



ЭКОНОМИКО-ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ И ПОНЯТИЕ ПРЕДПРИЯТИЯ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Светлана Грудницкая,

канд. юрид. наук, профессор,
заведующая сектором отдела проблем модернизации хозяйственного законодательства
Института экономико-правовых исследований НАН Украины,
г. Донецк

В статье разрабатывается проблема определения экономико-правовой сущности и понятия предприятия на современном этапе, дана их формулировка в контексте правового институционального подхода.

Ключевые слова: предприятие, народное хозяйство, правовой институт, хозяйственные отношения, правовой институционализм.

В юридической науке существует две точки зрения по поводу определения сущности предприятия [1, с. 290]. Одни авторы вкладывают в это понятие, кроме экономического, еще и юридический критерий [2, с. 20; 3; 4; 5; 6 и др.] или даже только юридический [7, с. 10], другие исходят из того, что предприятие – категория экономическая, поэтому нельзя относить к его обязательным признакам те или иные правовые качества, в частности статус юридического лица [5, с. 12; 8, с. 38–42; 9, с. 38–42 и др.]. С учетом адекватности потребностям современного этапа системного, комплексного подхода в правовых исследованиях заслуживает поддержки точка зрения, согласно которой «важным требованием к организации юридических исследований в сфере хозяйствования является обеспечение союза, координации с экономической наукой, состыковка экономических и правовых исследований» [10, с. 222–223]. Применение экономико-правового подхода [10, с. 220–230] в области разработки экономико-правовой теории предприятия является сложной задачей ввиду весьма широкого разброса мнений по поводу сущности предприятия в юридической и экономической науке. Можно сказать, разработка проблемы определения экономико-правовой сущности предприятия находится в русле разработки фундаментального экономического знания, адекватного ему хозяйственно-правового знания и относится к вызовам XXI века.

Целью настоящей статьи является разработка обозначенной проблемы с точки зрения правового институционального подхода, которая отстаивается автором как целесообразная альтернатива нормативистской

теории права¹, и формулирование с учетом этого усовершенствованного понятия предприятия для закрепления его в законодательстве.

И. Булеев отмечает, что экономическая наука, западная и отечественная, не дают однозначного ответа на вопрос «что такое предприятие?» [11, с. 163, с. 151–177]. В определении сущности экономической категории «предприятие» ученые-экономисты исходят из того, что предприятие является самостоятельным хозяйствующим субъектом экономической деятельности, осуществляющим производственную деятельность по преобразованию имеющихся ресурсов в готовый, востребованный потребителями продукт [12, с. 1–2].

В теоретических определениях понятия «предприятие» в экономической литературе [13, с. 10; 13, с. 8; 14, с. 737; 15, с. 6; 16, с. 16–17 и др.], как правило, выделяются такие основные характеристики предприятия: его связь с производственной сферой, его характеристика как основного звена народного хозяйства и направленность на получение прибыли.

Хозяйственно-правовая наука восполнила определение сущности предприятия его характеристикой как самостоятельного субъекта хозяйствования, обладающего правами юридического лица. Определение, обоб-

¹Правовой институциональный подход, в отличие от юрпозитивистского (нормативистского) подхода, предполагает включение в структуру правового института прав и обязанностей его участников, возникающих из реализации как норм права, так и гарантированных ими свобод (согласно принципу «разрешено все, что не запрещено»).

щающее указанные характеристики, содержалось в Законе Украины «О предприятиях в Украине» от 27.03.1991 г. № 887-ХІІ (ст. 1): «Предприятие – основное организационное звено народного хозяйства Украины, самостоятельный уставный субъект хозяйствования, обладающий правами юридического лица и осуществляющий производственную, научно-исследовательскую, коммерческую деятельность с целью получения соответствующей прибыли».

Указанное определение по отдельным характеристикам поддавалось критике. После перехода к рыночным условиям хозяйствования распространенной стала точка зрения, согласно которой народное хозяйство в условиях экономической реформы не может быть целостной экономической системой [17, с. 80–281]; в условиях, когда 70–80 % собственности не являются государственной (народной), называть хозяйство народным неправомерно. Так, специалисты считают, что неправомерно говорить в условиях рынка о народном хозяйстве, поскольку основная масса населения (народа) отстранена от средств производства и от участия в его управлении, от распределения и присвоения вновь созданного продукта. В результате предприятие как «основное организационное звено народного хозяйства» трансформировалось в «субъект рыночных отношений экономики Украины» [11, с. 155, 160]. Вместе с тем многие специалисты продолжают считать предприятия основным звеном народного хозяйства [13, с. 8; 14, с. 737; 17, с. 280–281; 18, с. 85–86; 19]. В качестве основного организационного звена народного хозяйства предприятие характеризуется и в учебнике «Хозяйственное право» под ред. В. Мамутова [1, с. 290].

Вместе с тем при кодификации хозяйственного законодательства в Хозяйственном кодексе (далее – ХК) Украины эта характеристика из определения предприятия была исключена, несмотря на то, что категория народного хозяйства не исчезла из понятийного аппарата Кодекса. Она используется в трудах ведущих экономистов западных стран, например, В. Ойкен пишет о народно-хозяйственном равновесии, о народнохозяйственном значении частной собственности, общехозяйственных и частнохозяйственных отношениях в народном хозяйстве и т. д. Описывая народное хозяйство (Volkswirtschaft), он имеет в виду всю землю страны, все горные предприятия, заводы, железные дороги, запасы сырья (материальные средства) и рабочую силу [20].

Считать категорию «народное хозяйство» рудиментом советского периода не позволяет также активное использование этого термина в научных трудах дореволюционно-

го периода, что подтверждает ее принадлежность к категориальному аппарату исконного методологического коллективизма и органической концепции правопонимания.

Ввиду уже угасающей спорности применения категории «народное хозяйство» в условиях рынка, что идет в разрез с истиной, принижает роль Украинского народа, ущемляя его права, представляется целесообразным остановиться более подробно на обосновании понятия необходимости использования термина «народное хозяйство» в правотворчестве и научных исследованиях.

Термин «хозяйство» не имеет легального юридического определения и используется в хозяйственно-правовой литературе как экономический термин. В экономической литературе термин «хозяйство» имеет различные толкования, в том числе употребляется в значении экономики [21, с. 866]. Так, одно из значений слова «экономика» – народное хозяйство данной страны или его часть, включающая определенные отрасли и виды производства [22, с. 732]. Однако полное отождествление хозяйства и экономики вызывает сомнения, что следует уже из обозначенной в словарях этимологии слова «экономика» как «управление хозяйством» [23, с. 380] или «правила ведения хозяйства» [24, с. 401], «искусство ведения хозяйства» [22, с. 732].

Адекватным смысловому содержанию словарным значением хозяйства представляется такое определение: хозяйство – совокупность природных и сделанных руками человека средств, используемых людьми для создания, поддержания, улучшения условий и средств существования, жизнеобеспечения [24, с. 377].

Экономика сравнима скорее с хозяйствованием, чем с хозяйством, поскольку как и хозяйствование существует в динамике, в отличие от хозяйства, которое является, прежде всего, статичной величиной, означая наличествующие на тот или иной промежуток времени исходные ресурсы.

Если хозяйство есть объект хозяйствования для его владельца – субъекта хозяйствования, то экономика есть функция – в математике зависимая переменная величина; соотношение между переменными величинами, в силу которого каждому рассматриваемому значению одной величины (аргумента) соответствует определенное значение другой величины (зависимой переменной, или функции) [22, с. 683]. Хозяйство может рассматриваться не только в объектном ключе, но, как и экономика, в функциональном. Однако экономика есть функция не только хозяйства, но и хозяйствования, его субъекта как переменных величин. Поэтому более адекватной сущности будет скорее характеристика экономики через категорию экономи-

ческих отношений, управляемых экономическими законами.

Частями хозяйственного комплекса Украины (народного хозяйства) являются другие виды территориальных хозяйств, например, региональное, сельское, поселковое и т. д. Однако такие термины в литературе не встречаются, фактически находятся за пределами научного оборота (термин «сельское хозяйство» употребляется в ином, отраслевом, значении), хотя такие хозяйства существуют, о чем можно судить по реальным жизненным обстоятельствам и содержанию нормативно-правовых актов – муниципальных или государственных (например, Постановление Кабинета Министров Украины «Про затвердження Порядку формування та виконання регіональної програми і проекту інформатизації» від 12.04.2000 р. № 644).

Изложенное свидетельствует о запутанности вопроса и потребности более четкой классификации хозяйств по их видам. Достаточно стройную классификацию можно произвести по критерию субъектного состава владельцев хозяйств, т. е. субъектов хозяйствования. Эта задача выполнима с учетом экономической и правовой сущности хозяйства. Обращаясь к хозяйственно-правовой оценке этого явления, следует отметить, что любое хозяйство, независимо от его владельца, имеет двойственную экономическую и правовую природу – частную и публичную. Двойственность эта обусловлена тем обстоятельством, что человек – существо общественное и все элементы его частной жизни, являясь «одной стороной медали», формируют особенности публичной жизни – «второй стороны медали», в свою очередь, взаимно определяются ею. С учетом отмеченной двойственной природы хозяйства осуществляется системное хозяйственно-правовое регулирование, сочетающее в различных пропорциях частноправовые и публично-правовые средства воздействия на экономику в той или иной хозяйственной сфере и с учетом общественно согласованных принципов на том или ином конкретном историческом этапе. Это позволяет вести речь о существовании общественного хозяйства как совокупности (множестве) единичных хозяйств. При восхождении от частного к публичному народное хозяйство предстает как множество хозяйств индивидов и социальных общностей, функционирование которых обеспечивает преобразование ресурсов в удовлетворенные потребности. Обратный процесс предполагает движение от публичного к частному, в котором происходит системное структурирование общественных отношений в сфере общественного хозяйства с целью повышения их эффективности.

Таким образом, общественное хозяйство является сложноструктурированной системой, в которой система наивысшего порядка – это народное хозяйство (хозяйство общества, т. е. Украинского народа). В правовых источниках для его обозначения иногда используется термин «национальное хозяйство», однако Украинский народ – явление многонациональное, поэтому употребление термина «национальное хозяйство» уместно только в международных отношениях как унифицированного термина, например, когда речь идет о национальном и мировом хозяйстве (ст. 9 ХК Украины). Употребление термина «национальное хозяйство Украины» во внутрисударственном аспекте представляется некорректным, так как не учитывает функционирования в народном хозяйстве Украины индивидуальных и коллективных хозяйств представителей национальных меньшинств. Аналогичный критерий следует применять и при употреблении термина «национальная экономика» и «экономика Украины» (по примеру употребления термина «экономика Украины» в ст. 125 ХК Украины).

В терминологический аппарат ХК Украины входит тот и другой термин – «экономика» (статьи 10, 13, 27, 125 и др.) и «народное хозяйство» (статьи 9, 10, 76, 258, 260, 394 и др.). При этом народное хозяйство понимается как статичная величина (в нормах идет речь об объективно существующих отраслях народного хозяйства, инвестициях в народное хозяйство, обеспечении народного хозяйства необходимым объемом денежной массы), экономика – как динамическая (речь идет о структурной перестройке, разгосударствлении, демонополизации экономики, видах экономической деятельности и т. д.).

Следовательно, необходимо признать необоснованность нападок на термин «народное хозяйство», используемый как в научной литературе, так и в законодательстве, который не может быть заменен термином «экономика Украины»: оба эти термина необходимы для правового оборота – каждый в своем функциональном значении. Это свидетельствует о том, что характеристика предприятия как основного звена народного хозяйства является сущностной экономической характеристикой предприятия.

С точки зрения правовой институциональной теории, предприятие является основным, первичным правовым институтом, представляющим собой систему частно-публичных отношений в сфере хозяйствования.

Как отмечает В. Щербина, предприятию среди субъектов хозяйственного права принадлежит доминирующее положение, что обусловлено его особыми экономическими и социальными функциями как товаропроиз-

водителя, удовлетворяющего общественные потребности в продукции, работах, услугах. Поэтому правовой институт предприятия как субъекта хозяйствования является центральной частью в системе хозяйственного права, его правовой основой. Все основные законы и иные нормативные акты принимаются исходя из экономического и правового положения предприятия, его роли в экономике Украины [25, с. 54].

Обсуждение теории предприятия считается первичным звеном в цепи построения теории организаций и фирм, поскольку предприятие является одновременно и фирмой, и организацией. В частности, в отличие от предприятия, фирма может включать в себя несколько предприятий (фирмами являются также объединения предприятий). Организация как субъект социальной деятельности возможно и не выполняет функции по преобразованию ресурсов в производственные продукты. Организация является предприятием только в тех случаях, когда она выполняет такую деятельность [26, с. 5–6]. Это отвечает экономической характеристике предприятия как основного звена в системе формирования институтов общества. По определению Г. Клейнер, «предприятие является в современной экономике фундаментальным экономическим звеном (единицей) в системе движения материально-финансовых потоков и системе формирования институтов общества» [27, с. 8]. Характеристика предприятия как системы отношений (института) отвечает, в том числе, марксистским представлениям о предприятии как общественном отношении. К. Маркс, критикуя Прудона по вопросу понимания фабрик писал: «Машина – это только производительная сила. Современная же фабрика основанная на употреблении машин, есть общественное отношение производства, экономическая категория» [28, с. 152].

Еще один вопрос, который подвергался критической оценке, задекларированная Законом «О предприятиях в Украине» направленность деятельности предприятия на получение прибыли. Такая характеристика является результатом реализации в определении предприятия классической экономической теории, которая рассматривает предприятие как «черный ящик», призванный оптимально использовать ресурсы (вход), обеспечивая максимальную прибыль (выход) [29, с. 58–59].

По мнению И. Булеева, ошибочно считать, что целью предприятия является получение прибыли, это рудимент XIX – первой половины XX века. Цель предприятия – удовлетворение определенных общественно необходимых потребностей, что создает предпосылки его расширения и на этой основе получение прибыли [11, с. 155].

Целевую функцию получение прибыли все же нельзя назвать рудиментом. Она является составляющей комплекса целевых функций предприятия, направленных на удовлетворение общественных и личных (частных и публичных) потребностей, перечень которых при институциональном подходе весьма широк.

В институциональной теории экономической сущность предприятия многофункциональна. Так, есть точки зрения, согласно которым: основное назначение предприятия – служить источником дохода для собственников (акционеров); суть предприятия – в производстве продукции, удовлетворении материальных потребностей общества; функция предприятия – обеспечение занятости. Сторонники комплексного подхода отмечают ряд дополнительных существенных функций предприятия в современном обществе [30].

Следует отметить концептуальное различие между понятиями «цель предпринимателя (собственника)» и «цель предприятия». Целью предпринимателя (учредителя, участника предприятия) является получение прибыли. Цель предприятия как социально-экономической системы – реализация целей всех участников правоотношений с ним (целей его структурных элементов). Это было учтено при определении понятия предприятия в ХК Украины.

Кроме того, при кодификации хозяйственного законодательства определение предприятия было усовершенствовано с учетом того, что в сфере общественного производства осуществляется не только производственная, научно-исследовательская или коммерческая деятельность, как это указывалось в Законе «О предприятиях в Украине», но и любая иная хозяйственная деятельность. Заслуживает внимания двойственный характер термина «производственная деятельность» – как деятельность по производству продукции, в отличие от выполнения работ, оказания услуг, и как профессиональная деятельность в сфере общественного производства, которая охватывает производство продукции, выполнение работ, оказание услуг, а также распределение, обмен, и потребление. В этом смысле производственная деятельность предполагает деятельность по преобразованию имеющихся ресурсов в готовый, востребованный потребителями продукт. Целесообразно дополнительно отразить эту сущностную характеристику предприятия в определении понятия предприятия.

Следует также остановиться на вопросе цели деятельности предприятия. Согласно ст. 62 ХК Украины предприятие – это самостоятельный субъект хозяйствования, созданный компетентным органом государствен-

ной власти или органом местного самоуправления, или другими субъектами для удовлетворения общественных и личных потребностей путем систематического осуществления производственной, научно-исследовательской, торговой, иной хозяйственной деятельности. Вместе с тем, пользуясь юридической терминологией, более целесообразно вести речь об удовлетворении частных и публичных интересов посредством реализации прав различных участников правоотношений с предприятием.

На основе изложенного может быть определена экономико-правовая сущность предприятия в наиболее общем виде как основной многофункциональной системы частно-публичных правоотношений (суть правового института)*.

*Продолжение в следующем номере.

Литература

1. *Хозяйственное право* / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулина и др.; Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.
2. *Алехин А. П.* Предприятие в системе отраслевого управления (административно-правовые вопросы). – М., 1977. – 192 с.
3. *Каминка А. И.* Очерки торгового права. – СПб., 1912. – Вып. 1. – 437 с.
4. *Рецензия* (на кн.: Правовые вопросы управления промышленностью и строительством в СССР) – М., 1960. – 332 с. / С. Н. Ландкоф, Н. И. Андрианов, Е. Ф. Голеня и др. // Сов. государство и право. – 1961. – № 12. – С. 129–134.
5. *Яковлева В. Ф.* Гражданско-правовые вопросы специализации промышленности в СССР. – Л., 1968. – 64 с.
6. *Каширина Т. В.* Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. – М., 1995. – 554 с.
7. *Пронская Г. В.* Правовые вопросы организации и деятельности промышленных объединений. – К., 1971. – 111 с.
8. *Гольмстен А. Х.* Очерки по русскому торговому праву. – СПб., 1895. – Вып. 1. – 210 с.
9. *Удинцев В.* Русское торгово-промышленное право. – К., 1907. – 480 с.
10. *Мамутов В. К.* Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности. – К., 1982. – 238 с.
11. *Булеев И. П.* Предприятие в системе общественных отношений: институциональный аспект. – Д., 2006. – 424 с.
12. *Попов Е. В., Симонова В. Л.* Матрица теорий предприятия // Экономическая наука современной России. – 2002. – № 4. – С. 1–14.
13. *Економіка підприємства* / За ред. С. Ф. Покропивного. – К., 2001. – 457 с.
14. *Економічна енциклопедія*: У 3 т. – К., 2001. – Т. 1. – 848 с.
15. *Бойчик І. М.* Економіка підприємства. – К., 2002. – 480 с.
16. *Промышленный маркетинг* / Под ред. В. Л. Пилюшенко, Б. Раффилда (США). – Д., 2003. – 538 с.
17. *Институциональная экономика* / Под ред. Д. С. Львова. – М., 2001. – 318 с.
18. *Економіка підприємства* и отрасли промышленности. – Ростов/н/Д., 1999. – 608 с.
19. *Економіка підприємства* / За ред. С. Ф. Покропивного. – К., 2000. – 528 с.
20. *Ойкен В.* Основные принципы экономической политики: Пер. с нем. – М., 1995. – 496 с.
21. *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – 944 с.
22. *Словарь иностранных слов и выражений*. – М., 2004. – 778 с.
23. *Економічна енциклопедія*: У 3 т. – К., 2002. – Т. 3. – 864 с.
24. *Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б.* Современный экономический словарь. – М., 1999. – 479 с.
25. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права. – К., 2008. – 264 с.
26. *Попов Е. В., Симонова В. Л.* Матрица теорий предприятия // Экономическая наука современной России. – 2002. – № 4. – С. 1–14.
27. *Клейнер Г.* Реформирование предприятий и качество продукции // Инвестиции в России. – 2001. – № 1. – С. 3–12.
28. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. – 2-е изд. – Т. 4.
29. *Розанова Н.* Эволюция взглядов на природу фирмы в западной экономической науке // Вопросы экономики. – 2002. – № 1. – С. 50–67.
30. *Стратегии бизнеса: аналитический справочник* / Под ред. Г. Б. Клейнера. – М., 1998. – 331 с.

The problem of definition of economic legal essence and concepts of the enterprise at the present stage is developed in clause. Their formulation is given in a context legal institute of the approach.

У статті розробляється проблема визначення економіко-правової сутності та поняття підприємства на сучасному етапі, надано їх формулювання у контексті правового інституціонального підходу.



ДЕЯКІ ПИТАННЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ІЗ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄС ПРО РЕКЛАМУ

Людмила Микитенко,

канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри комерційного права
Київського національного техніко-економічного університету

У статті розглядаються питання щодо особливостей правового регулювання реклами в Україні та країнах Європейського Союзу, аналізуються норми законодавства України про рекламу, які тією чи іншою мірою належним чином не врегульовані Законом України «Про рекламу» та не відповідають положенням європейського законодавства.

Ключові слова: правове регулювання реклами, Європейські стандарти, Директиви ЄС, вимоги до розповсюдження реклами.

У Плані дій щодо реалізації пріоритетних положень Програми інтеграції України до Європейського Союзу, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 10.04.2001 р. № 345, питання приведення законодавства України у відповідність із європейськими стандартами про захист прав споживачів і про інтелектуальну власність визначене як пріоритетне. Оскільки реклама – це інформація призначена підтримати обізнаність споживачів реклами та інтерес до рекламованого товару, безпосередньо впливає на споживача, а також (практично будь-яка реклама) містить назву торговельної марки, фірми чи товару (інтелектуальна власність), то доречно було б здійснити низку заходів, зокрема гармонізацію національного законодавства із законодавством ЄС про рекламу, саме в цих аспектах.

Дослідженню теоретичних аспектів гармонізації законодавства України із законодавством ЄС приділяють увагу такі вітчизняні науковці, як Є. Ромат, Н. Саніахметова, А. Черемнова, А. Стрельніков. Разом із тим питання гармонізації законодавства України про рекламу, на жаль, досі залишається невирішеним.

Метою цієї статті є дослідження норм законодавства України про рекламу щодо загальних і спеціальних вимог розповсюдження реклами й європейських стандартів.

Основою політики ЄС стосовно реклами на сьогодні є Європейська конвенція про транскордонне телебачення від 05.05.1989 р., на базі якої у 1989 р. Радою ЄС було схвалено Директиву 89/552/ЄЕС, більш відому як Директиву про транскордонне телебачення¹. Регулюванню

відносин у сфері реклами присвячено четвертий розділ Директиви, положення якого знайшли відображення у законодавстві всіх країн ЄС та, до певної міри, України. З моменту прийняття ця Директива переглядалася лише один раз (у 1997 р.², коли до неї було внесено ряд суттєвих змін, зумовлених внутрішніми процесами в Євросоюзі, розвитком рекламного ринку країн – членів ЄС тощо), насамперед тому, що через суперечності навколо базових положень Директиви країн-членам досить складно визначити напрями її подальшого вдосконалення. В частині перегляду положень Директиви, присвячених регулюванню реклами, консенсус відсутній і нині. Так, низка держав-членів (Бельгія, Данія, Греція, Італія, Польща, Словаччина, Франція, Швеція) виступають за те, щоб регулювання реклами було максимально лібералізоване, а інші впливові члени Євросоюзу (Німеччина, Великобританія), навпаки, прагнуть встановлення більш жорстких обмежень стосовно реклами та спонсорства. Бельгія, Німеччина, Угорщина, Словенія та Швеція наполягають на запровадженні обмежень на розміщення реклами в дитячих передачах, а представники ряду інших країн ЄС вважають, що існуючі положення Директиви повною мірою захищають дітей від впливу рекламодавців.

Окрім Директиви про транскордонне телебачення, відносини у сфері реклами регулюються низкою інших правових актів Євросоюзу. Серед них, зокрема, Директива 2005/29/ЄС Європейського парламенту та Ради від 11.05.2005 р. (Директива про недобросовісні комерційні прак-

¹Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities. – <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0036:EN:NOT>.

²Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities. – <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0036:EN:NOT>.

тики), яка передбачає уніфікацію законодавств країн-членів у частині захисту прав споживачів від нечесних комерційних практик (у тому числі від недобросовісної реклами), Директива 2003/33/ЄС Європейського парламенту та Ради від 26.05.2003 р. про зближення законів, постанов та адміністративних положень держав-членів у сфері реклами та спонсорства тютюнових виробів, яка забороняє рекламу тютюнових виробів у друкованих ЗМІ (за окремими винятками), Директива 2000/13/ЄС Європейського парламенту та Ради від 20.03.2000 р. про зближення законів країн-членів стосовно маркування, представлення та реклами продуктів харчування тощо.

Вважаємо за необхідне розглянути норми законодавства України про рекламу, які тією чи іншою мірою належним чином не врегульовані Законом України «Про рекламу» та не відповідають положенням європейського законодавства.

Визначення поняття «порівняльна реклама» дається у ст. 1 Закону України «Про рекламу»: порівняльна реклама – це реклама, яка містить порівняння з іншими особами та/або товарами іншої особи. Стаття 11 цього Закону забороняє неправомірне порівняння в рекламі, однак не дає відповіді на питання про те, яке саме порівняння в рекламі є неправомірним. Очевидно, що дати відповідь на нього мав би Закон України «Про захист економічної конкуренції» (як і передбачено ч. 1 ст. 11 Закону України «Про рекламу»), але і він залишає критерії «неправомірності» згаданих порівнянь поза межами регулювання.

У Європейському Союзі цим критеріям відведено окрему статтю Директиви про недобросовісні комерційні практики¹. Так, за загальним правилом, порівняльна реклама: не вводить споживача в оману; передбачає порівняння товарів (послуг), на які існує приблизно однаковий попит або які використовуються для однакових цілей; передбачає порівняння змістовних, таких, що піддаються перевірці; еквівалентних (порівнюваних) і специфічних властивостей товарів і послуг; не дискредитує і не поширює недостовірну інформацію про торгові марки, торгові найменування, товари, роботи та послуги учасників конкурентного ринку; щодо продуктів із зазначенням походження – стосується продуктів з ідентичним походженням; не зображує товари, роботи і послуги в якості імітацій або копій товарів, робіт і послуг, що виробляються під захищеними торговими марками або

торговими найменуваннями; не призводить до створення плутанини між виробниками (постачальниками), між споживачами та конкурентами, між торговими марками, торговими найменуваннями рекламодавця та його конкурента.

Оскільки аналогічний підхід до визначення критеріїв правомірності порівняльної реклами закріплено законодавством про телебачення і радіомовлення більшості країн ЄС, положення Директиви 2005/29/ЄС слід було б відобразити в Законі України «Про рекламу».

Заслугує на увагу ще одне положення стосовно запровадження квот для телереклами та телеторгівлі, що виходить у вигляді блоків на телебаченні. Згідно із ст. 18 Директиви про трансграничне телебачення, час, що виділяється для телеторгівлі (за винятком тієї, що виходить у вигляді блоків) та всіх видів телевізійної реклами, не повинен перевищувати 20 % загального обсягу мовлення протягом доби, при цьому не більше 15 % – для рекламних блоків. Тривалість реклами та телеторгівлі не може перевищувати 20 % одного запуску мовлення. Для згаданих квот не поширюється на власні оголошення мовника про програми, які ним транслюються (анонси програм) та оголошення благодійних організацій і організацій комунального обслуговування. Для телеторгівлі, яка транслюється у вигляді блоків на каналах, які не призначені виключно для телеторгівлі встановлені інші квоти – не менше 15 хвилин (для тривалості одного блоку), з обмеженням загальної кількості блоків вісьмома на добу та їх загальної тривалості трьома годинами на день.

Відповідні положення Директиви в частині квот на телеторгівлю знайшли відображення в законах про телебачення і радіомовлення практично всіх країн – членів ЄС.

У Законі України «Про рекламу» встановлено лише один вид квот – для реклами. *Поняття телеторгівлі в українському законодавстві про рекламу, на відміну від більшості інших країн Європи, відсутнє взагалі.* Згідно із ст. 13 Закону України «Про рекламу» час мовлення, відведений на рекламу, не може перевищувати 15 %, а в період виборчого процесу – 20 % фактичного обсягу мовлення протягом астрономічної доби телерадіоорганізацією будь-якої форми власності. При цьому частка реклами протягом кожної астрономічної години фактичного мовлення не повинна перевищувати 20 %, а впродовж виборчого процесу – 25 %. Винятки з квот встановлено для соціальної реклами, яка розповсюджується безкоштовно, анонсів власних програм, власних передач телерадіоорганізації, виголошення в програмі, передачі імені (найменування) спонсора, об'єктів права інтелектуальної власності, які йому належать. *Таким чином, в частині підходу до визначення квот на рекламу, українське законодавство про рекламу в цілому узгоджується з вимогами Директиви про трансграничне телебачення.* Чи не єдине положення Закону України «Про рекламу», яке має бути приведене у відповідність із Директи-

¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:EN:PDF>.

вою – збільшення годинної квоти на рекламу під час виборчого процесу до 25 % (ч. 2 ст. 13 Закону), яке на сьогодні не відповідає положенням Директиви. *Збільшення квот за рахунок політичної реклами не практикується у жодній іншій країні ЄС.*

Заслугує на увагу така тенденція розвитку законодавства країн Євросоюзу, як встановлення для суспільного телебачення та радіомовлення менших квот на рекламу, порівняно з комерційним мовленням. В основному такий підхід пояснюється завданнями, які ставляться перед суспільним мовленням, а також тим, що, на відміну від комерційних мовників, суспільне мовлення отримує фінансову підтримку з державного бюджету. Так, квоти для реклами на суспільному та комерційному мовленні відрізняються, наприклад, у Болгарії, Ірландії, Латвії, Румунії, Словаччині, Угорщині, Франції та Чехії. Проте, на відміну від України, де ст. 7 Закону «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України» передбачається повністю заборонити рекламу на каналах Суспільного телебачення (за винятком комерційних презентацій, частка яких не може перевищувати 3 % на добу), *в усіх країнах ЄС реклама на суспільному радіо та телебаченні загалом дозволена.*

Виходячи з аналізу ст. 13 Закону України «Про рекламу», ми дійшли висновку, що вимоги до розміщення реклами на українському телебаченні та радіо лише частково узгоджуються з вимогами права ЄС. У частині розміщення реклами під час трансляції художніх і телевізійних фільмів українське законодавство є більш ліберальним, ніж законодавство більшості країн ЄС (в якому текстуально відтворені відповідні положення Директиви про транскордонне телебачення). В частині повної заборони переривання рекламою випусків новин, дитячих програм, документальних фільмів, інформаційних програм – менш ліберальним, порівняно з більшістю країн ЄС (в яких переривання відповідних програм, передач і фільмів допускається за умови їх тривалості понад 30 хв.)

Протягом останніх років в Європейському Союзі провадиться активна політика, спрямована на зменшення вживання алкоголю, роз'яснення негативних наслідків алкогольної залежності та пропаганду здорового способу життя. Основною цією політики є вже згадувана Директива про транскордонне телебачення, а також інші акти, зокрема Висновки Ради від 05.06.2001 р. про стратегію Спільноти стосовно зменшення шкоди, пов'язаної з алкоголем¹, Рекомендація Ради від 05.06.2001 р. щодо вживання алкоголю молодими людьми, зокрема дітьми та підлітками².

¹Council Conclusions of 5 June 2001 on a Community strategy to reduce alcohol related harm (2001/C 175/01). – http://www.eurocare.org/pdf/eu/01_c175.pdf.

²Council Recommendation of 5 June 2001 on the drinking of alcohol by young people, in particular children and adolescents (2001/458/EC). – http://www.eurocare.org/pdf/eu/01_458ec.pdf.

У частині регулювання реклами алкогольних напоїв базовим і чи не єдиним правовим актом в Євросоюзі є Директива про транскордонне телебачення, ст. 15 якої встановлює 6 основних вимог до реклами та телеторгівлі алкогольними напоями: реклама не повинна спеціально спрямовуватися на неповнолітніх і зображувати їх у процесі вживання алкогольних напоїв; в рекламі не повинен зображуватися зв'язок між вживанням алкоголю та поліпшенням фізичного стану, а також між вживанням алкоголю та керуванням транспортним засобом; реклама не повинна створювати враження про те, що вживання алкоголю сприяє соціальному або сексуальному успіху; реклама не повинна створювати враження, що алкоголь має терапевтичну, стимулюючу або заспокійливу дію, або його вживання дозволяє вирішувати конфлікти; реклама не повинна стимулювати надмірне вживання алкоголю або зображувати в негативному світлі відмову від вживання або утримання від вживання алкоголю; високий вміст алкоголю в напоях не повинен розглядатися як позитивна властивість таких напоїв. Слід зазначити, що Директива не обмежує спонсорювання програм і передач виробниками алкогольних напоїв.

У статті 22 Закону України «Про рекламу» до реклами алкогольних напоїв *поставлено ті самі вимоги, що і Директивою про транскордонне телебачення (за винятком хіба що заборони розгляду високого вмісту алкоголю як позитивної властивості напою), а також ряд додаткових вимог.* Зокрема, реклама алкогольних напоїв заборонена на радіо та телебаченні у період з 6 до 23 години, телевізійна реклама та реклама на радіо не повинна зображувати процес вживання алкогольних напоїв, містити зображення лікарів та інших професійних медичних працівників, а також осіб, зовнішній вигляд яких імітує зовнішній вигляд лікарів, включати зображення популярних осіб або пряме чи опосередковане схвалення популярними особами вживання алкоголю, створювати враження, що більшість людей вживає алкогольні напої. Крім того, ч. 2 ст. 22 цього Закону обмежує рекламування алкоголю в друкованих ЗМІ – реклама алкогольних напоїв, знаків для товарів і послуг, під якими випускаються алкогольні напої, забороняється на перших і останніх сторінках газет та обкладинках журналів. Обмежує Закон і використання зовнішньої реклами алкогольних напоїв. Зокрема, згідно з ч. 3 ст. 22 Закону України «Про рекламу» така реклама не може розташовуватися ближче, ніж за 300 метрів прямої видимості від території дитячих дошкільних закладів, середніх загальноосвітніх шкіл та інших навчальних закладів, де навчаються діти віком до 18 років. У частині спонсорювання теле- і радіопередач, театральних концертних, спортивних та інших заходів виробниками алкогольної продукції Закон України «Про рекламу» не передбачає будь-яких обмежень. На позитивну оцінку заслуговує і закріплення в цьому Законі вимоги супроводження реклами алкоголю по-

переджувальними написами (на кшталт: надмірне споживання алкоголю шкідливе для вашого здоров'я); закріплення таких вимог до маркування не поширене в державах – членах ЄС і практикується лише в окремих країнах Євросоюзу (Латвія, Литва, Португалія, Румунія, Словенія, Франція).

Слід зазначити, що українське законодавство стосовно обмеження реклами алкоголю в ЗМІ відповідає принципам, які застосовуються в більшості європейських країн. Більше того, окремі положення українського законодавства (наприклад, у частині часу реклами алкогольних напоїв на радіо та телебаченні) є більш жорсткими, ніж у багатьох державах ЄС, де реклама алкогольних напоїв часто обмежується періодом з 21-00 по 9-00. У той самий час українські обмеження є більш ліберальними порівняно з деякими державами – членами Євросоюзу, наприклад Болгарією, Польщею та Швецією, де реклама алкогольних напоїв у ЗМІ та на зовнішніх носіях заборонені взагалі. Оскільки Директива про транскордонне телебачення (як і Європейська конвенція про транскордонне телебачення) дозволяє встановлювати на національному рівні більш жорсткі обмеження, ніж передбачено Директивою (Конвенцією), запровадження в Україні нових обмежень на рекламу алкогольних напоїв у ЗМІ є питанням внутрішньої політики України.

Директива про транскордонне телебачення повністю забороняє телевізійну рекламу (у тому числі телепродаж) тютюнових виробів, а також виробництво телевізійних програм і передач за підтримки компаній, основним видом діяльності яких є виробництво тютюнових виробів. Протягом останніх років в Європейському Союзі запроваджено ряд додаткових обмежень щодо реклами тютюнових виробів. Так, 26.05.2003 р. Європейським парламентом та Радою видана спільна Директива 2003/33/ЄС¹, спрямована на зближення законодавства, правил та адміністративних положень країн – членів ЄС у частині регулювання реклами і спонсорства тютюнових виробів. Згідно із ст. 3 цієї Директиви реклама тютюнових виробів забороняється не лише на радіо та телебаченні, а й у друкованих ЗМІ та будь-якими іншими засобами донесення інформації до споживача. Виняток з цього правила встановлено лише для друкованих видань, які публікуються у третіх країнах та прямо не призначені для продажу в країнах – членах ЄС, а також для окремих публікацій у друкованих ЗМІ, які випускаються в Євросоюзі (лише за умови, коли відповідні публікації призначені для фахівців у сфері

торгівлі тютюновими виробами). Стаття 4 Директиви забороняє спонсорування компаніями, основним видом діяльності яких є виробництво тютюнових виробів, виробництва та розміщення передач на радіо.

Що стосується українського законодавства у сфері реклами тютюнових виробів, то воно на сьогодні частково не узгоджується з положеннями Директиви 2003/33/ЄС. Так, ст. 22 Закону України «Про рекламу» передбачено, що реклама тютюнових виробів забороняється на радіо та телебаченні, а в друкованих ЗМІ – лише на перших та останніх сторінках газет та обкладинках журналів, а на інших сторінках періодичних видань розміщення реклами тютюнових виробів дозволяється.

З метою приведення у відповідність із європейськими стандартами до Закону України «Про рекламу» слід внести зміни, які передбачатимуть: заборону розміщення реклами в друкованих ЗМІ (крім видань, що випускаються в третіх країнах і публікацій для фахівців, які здійснюють торгівлю тютюновими виробами); заборону будь-якої іншої реклами тютюнових виробів, у тому числі засобами зовнішньої реклами.

В Європейському Союзі вимоги до реклами харчових продуктів визначені Директивою 2000/13/ЄС Європейського парламенту та Ради від 20.03.2000 р. про зближення законів країн-членів стосовно маркування, представлення та реклами продуктів харчування². Статтею 3 цієї Директиви встановлено ширший, порівняно з українським законодавством, перелік вимог до рекламування харчових продуктів. Так, передбачається, що відповідна реклама не повинна вводити споживача в оману в частині характеристик продуктів (походження, властивостей, складу, кількості, тривалості зберігання, методів виробництва), шляхом присвоєння рекламним продуктам властивостей, яких вони не мають, підкреслення певних властивостей продукту як унікальних (в умовах, коли інші продукти мають аналогічні властивості), шляхом присвоєння продуктам харчування лікувальних або терапевтичних властивостей або відсилання до таких властивостей (відповідна вимога не стосується природних мінеральних вод і продуктів харчування, які використовуються для лікування хвороб).

Вимоги України до реклами харчових продуктів менш деталізовані. Зокрема, на відповідну рекламу поширюються загальні вимоги до реклами (наприклад, у частині заборони недобросовісної реклами); ч. 9 ст. 21 Закону «Про рекламу» забороняє у рекламі харчових продуктів, вітамінних та інших харчових добавок робити посилання на те, що відповідні товари ма-

¹Directive 2003/33/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products (Official Journal L 152, 20/06/2003 P. 0016–0019). – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0033:EN:HTML>.

²Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council of March 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs (http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_109/l_10920000506en00290042.pdf).

ють лікувальні властивості, якщо такі властивості не підтверджені Міністерством охорони здоров'я. Певні вимоги до реклами окремих харчових продуктів і добавок визначені також і у Законі України «Про безпечність та якість харчових продуктів», ст. 39 якого забороняє: рекламу продуктів для спеціального дієтичного споживання, функціональних харчових продуктів і дієтичних добавок без попереднього погодження її тексту з Міністерством охорони здоров'я; рекламу з використанням висловів щодо можливої лікувальної дії, втамування болю, листів подяки, визнань, порад (якщо вони пов'язані з лікуванням чи полегшенням умов перебігу захворювань), посилення на таку інформацію; рекламу з використанням висловів, які спричиняють чи сприяють виникненню відчуття негативного психологічного стану.

Таким чином, на сьогодні існує необхідність у деталізації вимог до реклами продуктів харчування та харчових добавок з урахуванням положень Директиви 2000/13/ЕС.

Аналіз Закону України «Про рекламу» та законодавства країн Європейського Союзу, дозволяє зробити **висновок**, що:

у частині загальних вимог до реклами, підходів до регулювання реклами алкогольних напоїв, реклами, споживачами якої є або можуть бути неповнолітні, українське законодавство повністю відповідає нормам, закріпленим у Директиві про транскордонне телебачення;

на відміну від більшості країн ЄС, українське законодавство про рекламу не містить поняття «телеторгівля». Між тим, практика діяльності багатьох телерадіоорганізацій доводить, що сфера застосування телеторгівлі постійно розширюється. У зв'язку з цим Закон України «Про рекламу» слід доповнити положеннями, які знайшли відображення у Директиві про транскордонне телебачення, зокрема визначенням поняття «телеторгівля» та засад її квотування (тривалість трансляції блоками – не менше 15 хвилин, кількість трансляцій – не більше 8 на добу, загальна тривалість трансляції – до 3 годин на добу або менше);

рекламна політика стосовно обмеження реклами алкогольних напоїв в Україні не суперечить вимогам Директиви про транскордонне телебачення. Більше того, Закон України «Про рекламу» (як і закони багатьох інших країн ЄС) у частині обмеження реклами алкогольних напоїв містить положення, які встановлюють більш жорсткі вимоги до реклами алкогольних напоїв, порівняно з Директивою про транскордонне телебачення. Разом із тим обмеження реклами в цій сфері є більш ліберальними порівняно з деякими іншими державами – членами Євросоюзу, наприклад Болгарією, Польщею та Швецією, де реклама алкогольних напоїв у ЗМІ та на зовнішніх носіях заборонені взагалі;

правове регулювання реклами тютюнових виробів не узгоджується з Директивою 2003/33/ЕС. До Закону України «Про рекламу» слід внести зміни, які заборонятимуть зовнішню рекламу тютюнових виробів і рекламу тютюнових виробів у всіх друкованих ЗМІ (за винятком тих, які видаються за межами України, а також ЗМІ, призначених для фахівців у сфері реалізації тютюнових виробів);

у частині реклами продуктів харчування та харчових добавок українське законодавство не суперечить вимогам права ЄС. Чи не єдина відмінність між вітчизняним регулюванням та законодавством Євросоюзу полягає у тому, що Директивою 2000/13/ЕС більш чітко визначені вимоги до достовірності реклами продуктів харчування. З метою приведення національного законодавства у відповідність із Директивою 2000/13/ЕС, у Законі України «Про рекламу» слід передбачити, що реклама продуктів харчування не повинна вводити споживача в оману в частині характеристик продуктів (походження, властивостей, складу, кількості, тривалості зберігання, методів виробництва), шляхом присвоєння рекламованим продуктам властивостей, яких вони не мають, підкреслення певних властивостей продукту як унікальних (в умовах, коли інші продукти мають аналогічні властивості).

The article deals with the peculiarities of legal regulation of advertising in Ukraine and the European Union, analyzes the Ukrainian legislation on advertising, which in one way or another are not properly regulated by the Law of Ukraine «On reklame» and does not comply with the European zakonodatelstva.

В статье рассматриваются вопросы особенностей правового регулирования рекламы в Украине и странах Европейского Союза, анализируются нормы законодательства Украины о рекламе, которые в той или иной мере должным образом не урегулированы Законом Украины «О рекламе» и не соответствуют положениям Европейского законодательства.



КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛИТТЯ ТА ПОГЛИНАННЯ ЗА КРИТЕРІЯМИ, ЩО МАЮТЬ ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ

Євгенія Коломієць-Людвіг,

аспірантка кафедри правового регулювання економіки
Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

Стаття присвячена дослідженню правової природи механізмів злиття та поглинання суб'єктів господарювання залежно від особливостей їх практичної реалізації. Розглядаються фактори правового характеру, якими зумовлений вибір певного виду злиття або поглинання, пропонується перелік критеріїв, що мають юридичне значення для успішного здійснення угод злиття та поглинання.

Ключові слова: критерії, що мають юридичне значення, спільні критерії, індивідуальні критерії, види злиття, види поглинання.

Успішна практична реалізація злиття та поглинання безпосередньо залежить від повноти знань про зміст, характер та особливості здійснення цих процесів, що визначаються організаційно-правовою формою та національною належністю учасників, способом фінансування угоди тощо. Знання класифікації злиття та поглинання як однієї з форм всебічного аналізу дозволяє отримати максимально вичерпну інформацію про предмет дослідження.

Існують різні погляди щодо класифікації злиття та поглинання, в яких чітко простежується предметний підхід: зміст зазначених процесів розкривається з позицій правознавства, економіки, фінансів, інвестиційного та стратегічного менеджменту. Більшість існуючих критеріїв класифікації злиття та поглинання мають економічний характер, а ознаки злиття та поглинання, що мають юридичний зміст, залишаються недостатньо дослідженими сучасною вітчизняною правовою наукою. Загальносвітові тенденції активізації інтеграційних процесів у формі злиття та поглинання вимагають поглибленого вивчення їх юридичних особливостей, що забезпечить ефективне ведення господарської діяльності суб'єктів господарювання.

У сучасній науковій літературі є декілька класифікацій злиття та поглинання, в основу яких покладена в основному економічна природа зазначених процесів. Так, І. Владимірова пропонує основними критеріями класифікації вважати: характер інтеграції підприємств (горизонтальна, вертикальна, конгломератна) [2; 325]; національну належність господарських організацій, що об'єднуються (національні та міжнародні); ставлення учасників злиття або поглинання до правочину (дружні та ворожі); спосіб об'єднання потенціалу (виробничі та фінансові); умови злиття (консолідація або приєднання); механізми поглинання (придбання активів або придбання капіталу) [1].

Дослідженню злиття та поглинання різних видів присвячені окремі роботи таких учених, як П. Гохан, М. Рудик, Ю. Ігнатишин, А. Дамодаран.

Д. Єндовицький та В. Соболева звертають увагу на юридичний зміст ознак, за якими мож-

на розрізнити злиття та поглинання, і пропонують такі юридичні критерії їх класифікації: спосіб об'єднання потенціалу (придбання чи злиття); географія діяльності учасників (місцеві, регіональні, національні, міжнародні, транснаціональні); юридична форма реорганізації (приєднання чи злиття); статус юридичної особи учасників угоди (із збереженням, без збереження); тип організаційної структури, що формується (холдинг чи корпорація); ступінь концентрації прав корпоративного контролю (з отриманням переважного, домінуючого або повного контролю) [2, с. 43].

Метою цієї статті є визначення критеріїв, що мають юридичне значення для класифікації злиття та поглинання на види, а також дослідження особливостей перебігу угод злиття та поглинання залежно від їх ознак.

Існуюча методологія економічної класифікації злиття та поглинання, а також вивчення юридичного змісту зазначених процесів дозволяють виділити критерії класифікації злиттів і поглинань, що мають юридичне значення: характер злиття та поглинання (дружні, ворожі); мета злиття та поглинання (фінансові, стратегічні); форма фінансування злиття та поглинання (грошовими коштами; цінними паперами; запозиченими коштами і змішане або комбіноване фінансування); національність учасників (національні, міжнародні); спосіб злиття та спосіб поглинання (консолідація або приєднання та купівля матеріальних активів або статутного капіталу).

Запропоновану нами юридичну класифікацію злиттів і поглинань вважаємо за доцільне розглядати двома шляхами. Перший полягає у поділі злиттів і поглинань на види за спільними для них критеріями, серед яких [3, с. 22–25]:

- національність учасників злиття або поглинання (національні та міжнародні);
- форма фінансування (грошова; цінними паперами – акціями, облігаціями, привілейованими акціями тощо);
- за рахунок запозичених коштів;
- комбінована.

Другий шлях полягає у визначенні характерних ознак процесу здійснення злиття та характерних ознак процесу здійснення поглинання, що визначають індивідуальні критерії поділу на види окремо для злиття та незалежно для поглинання. Так, *індивідуальним критерієм для класифікації злиттів є*: спосіб злиття (як різновиду реорганізації): злиття (консолідація) або приєднання; організаційно-правова форма учасників злиття: однорідні злиття (коли ініціатор злиття й учасник злиття мають однакову організаційно-правову форму) та змішані злиття (коли ініціатор злиття й учасник злиття є суб'єктами господарювання з різними організаційно-правовими формами).

Індивідуальним критерієм для класифікації поглинань є: характер поглинання (дружні, ворожі); мета поглинання (фінансові, стратегічні); спосіб поглинання (купівля матеріальних і нематеріальних активів, капіталу, боргів).

Як бачимо, зміст спільних критеріїв є однако-вим і для злиття, і для поглинання, а, наприклад, юридичний зміст критерію «спосіб злиття» (консолідація або приєднання) принципово відрізняється за своєю юридичною природою здійснення та наслідками від «способу поглинання» (шляхом придбання активів або шляхом придбання капіталу). Це стосується й організаційно-правової форми учасників. У випадку злиття цей елемент може впливати на загальний перебіг реорганізації: наприклад, вітчизняним законодавством не передбачена можливість проведення складної реорганізації – злиття або приєднання товариств різних організаційних форм. Тому, наприклад, згідно із статтями 83–84 Закону України «Про акціонерні товариства» для інтеграції акціонерного товариства з товариством з обмеженою відповідальністю спочатку відбувається зведення їх до однакової організаційно-правової форми шляхом перетворення одного з них, а потім здійснюється злиття або приєднання.

Для поглинання організаційно-правова форма не є настільки важливою: над привабливим об'єктом можна встановити контроль шляхом придбання його активів або шляхом відчуження його корпоративних прав незалежно від того, є він акціонерним товариством чи товариством з обмеженою відповідальністю.

Існування спільних критеріїв класифікації для злиття та поглинання, як й існування схожих мотивів їх здійснення (зокрема, отримання переваг від спільної діяльності шляхом збільшення частки на ринку, скорочення персоналу, економії за рахунок масштабу тощо), можна пояснити їх економічним походженням – вони є різновидами інтеграційних процесів і способами реструктуризації суб'єктів господарювання.

Залежно від того, резидентами однієї чи декількох країн є учасники злиття та поглинання, ці процеси умовно поділяють на такі групи: злиття та поглинання суб'єктів господарювання в межах однієї країни – внутрішні або національні злиття та поглинання; міжнародні (транснаціональні) злиття та поглинання, учасниками яких є юридичні особи з країн із різною правовою системою. Для закріплення саме юридичного змісту правопорядку в критерії на-

ціональності учасників злиття та поглинання пропонуємо називати національні *злиття та поглинання злиттями та поглинаннями в межах спільного правопорядку*, а міжнародні злиття та поглинання – *злиття та поглинання із застосуванням різних правопорядків*. В останній групі угод розрізняють два підвиди – внутрішні та зовнішні злиття та поглинання. *Внутрішнім злиттям або внутрішнім поглинанням* називають угоду за участю іноземного інвестора та вітчизняного підприємства. Зовнішніми є відповідно злиття та поглинання вітчизняними суб'єктами господарювання іноземних об'єктів. Кількість внутрішніх угод в Україні, як правило, значно переважає кількість зовнішніх, що пояснюється світовою економічною кон'юктурою [4].

Особливістю правового регулювання угод злиття та поглинання із застосуванням різних правопорядків є те, що на них поширюється принцип автономії волі, який полягає у можливості учасників угод, які належать до різних правових систем, обирати на свій розсуд законодавство держави, яке регулюватиме їх відносини під час інтеграції. Можливість застосування принципу автономії волі закріплена і в Законі України «Про міжнародне приватне право».

До злиття та поглинання із застосуванням різних правопорядків відносять злиття та поглинання за участю транснаціональних корпорацій, які на даний час є провідними суб'єктами міжнародної господарської діяльності. Правове регулювання цих угод відбувається за законодавством країни об'єкта поглинання [5].

Наступним спільним критерієм класифікації злиття та поглинання є форма їх фінансування. Фінансування угод злиття та поглинання – це вкладення коштів, спрямованих на «оплату» злиттів і поглинань [6, с. 88–93]. Ми розглядаємо критерій «форма фінансування злиття та поглинання» з точки зору права, оскільки використання тих чи інших фінансових інструментів передбачає для учасників наявність відповідного юридичного статусу (підприємство чи фінансова установа), організаційно-правової форми та правової регламентації щодо здійснення фінансових операцій.

У світовій практиці розрізняють такі основні форми фінансування поглинань: грошовими коштами; шляхом залучення цінних паперів (акцій, облігацій, привілейованих акцій тощо); шляхом позик та змішане або комбіноване фінансування [3, с. 22–25].

Форми фінансування правочинів злиття та поглинання у західних країнах відрізняються від форм фінансування у країнах пострадянського простору. У розвинутих країнах фінансування угод злиття є різноманітнішим за рахунок операцій із цінними паперами. В Україні ж фінансування злиття здійснюється переважно за рахунок грошових коштів кінцевого покупця. Активно практикується також скупівля акцій на вторинному ринку, або ж ініціювання процедури банкрутства. Поширений метод залучення коштів в європейських країнах, США й Японії – додатковий випуск акцій – практично не використовується в нашій країні через страх власників підприємств бути поглинути-

ми. Це дає змогу стверджувати про нерозвинутість вітчизняного фондового ринку, неадекватність правового регулювання процесів злиття та поглинання. Однак характерною особливістю угод злиття та поглинання в Україні є те, що вони виявляються більш успішними, ніж в інших країнах – за рахунок придбання недооцінених матеріальних активів [7].

Дослідивши злиття та поглинання за спільними для них критеріями класифікації (національність їх учасників і форма фінансування цих процесів), розглянемо види злиття та поглинання, що характеризуються індивідуальними критеріями класифікації.

Індивідуальні критерії класифікації злиття та поглинання в основному зумовлені, на нашу думку, саме їх юридичним змістом. Якщо злиття в цілому є добровільним способом реорганізації суб'єктів господарювання, внаслідок якого припиняються один або всі його учасники, то юридичний зміст поглинання є значно ширшим: він охоплює і злиття як припинення, і відчуження активів, капіталу або боргів підприємства, що дозволяє об'єкту поглинання зберегти статус юридичної особи.

До *індивідуальних критеріїв поділу на види злиття* ми відносимо його спосіб і правовий статус учасників, а *індивідуальними критеріями класифікації поглинання* пропонуємо вважати відповідно його характер, мету та спосіб здійснення.

Характерною особливістю критерію *за способом злиття* є його закріплення в нормативно-правових актах. Так, у статтях 5–22 директиви ЄС «Про злиття» визначені два його способи: злиття шляхом купівлі-продажу та злиття шляхом створення нового товариства. У вітчизняному законодавстві також розглядають *злиття* як виникнення нової юридичної особи- правонаступника з передачею їй згідно з передавальними актами всіх прав та обов'язків двох або більше товариств одночасно з їх припиненням та *приєднання* – припинення однієї або декількох юридичних осіб з передачею згідно з передавальним актом усіх її (їх) прав та обов'язків іншій юридичній особі- правонаступнику.

Залежно від структурних змін, що відбуваються з учасниками злиття, у зарубіжній науці розрізняють статутне, підлегле та зворотне підлегле злиття [8, с. 7]. *Статутним* називають злиття, у разі якого об'єднуються статутні фонди його учасників, іншими словами, це злиття форм – об'єднання, в результаті якого товариства припиняються як юридичні особи.

Поширеним способом злиття є *підлегле злиття*, внаслідок якого учасник злиття перетворюється на дочірнє підприємство або філію ініціатора злиття. Російські науковці називають таке злиття *злиттям активів* – об'єднання юридичних осіб з передачею як внеску до статутного фонду прав контролю над товариствами, що об'єднуються, з можливим збереженням за ними їх видів діяльності й організаційно-правових форм. Прикладом саме такої угоди є злиття чернігівської продуктової роздрібної мережі «Союз» з групою компаній «Євротек»: її власник отримує в результаті реорганізації

міноритарний (до 25 %) пакет акцій об'єднаної компанії та погашення значних боргових зобов'язань мережі компаній [9].

Зворотнє підлегле злиття передбачає злиття дочірньої компанії ініціатора злиття з іншим учасником злиття. Залежно від організаційно-правової форми учасників у світовій практиці розрізняють прості (або однорідні) та складні (змішані або сумісні) злиття та приєднання. Простим є злиття або приєднання, якщо в ньому беруть участь юридичні особи однакової організаційно-правової форми. Складним або змішаним є злиття або приєднання суб'єктів господарювання різних організаційно-правових форм.

Чинним вітчизняним законодавством передбачено здійснення лише однорідного злиття або злиття простого типу. На практиці це призводить до значного збільшення матеріальних і часових витрат, а також затягування процесу реорганізації [10, с. 388]. Тому ми підтримуємо позицію окремих учених [11, с. 172–173] щодо доцільності нормативного закріплення складної (змішаної) реорганізації – з одночасним поєднанням декількох форм: приєднання товариства з додатковою відповідальністю до товариства з обмеженою відповідальністю з перетворенням останнього на акціонерне товариство або злиття господарських товариств різних організаційно-правових форм. Для цього необхідно виключити із Закону України «Про акціонерні товариства» норми, що забороняють здійснювати злиття та приєднання акціонерних товариств з іншими видами господарських товариств і виробничими кооперативами, а також передбачити у проекті закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю» від 30.12.2009 р. № 5507 відповідні положення про злиття та приєднання товариств з обмеженою відповідальністю з юридичними особами інших організаційно-правових форм.

Нагадаємо, що *індивідуальними критеріями для класифікації поглинань є характер поглинання*; його мета та спосіб здійснення. За характером поглинання поділяють на дружні та ворожі. Дружнє поглинання, як зазначає М. Рудик [12, с. 102], – це перш за все контракт між уповноваженими особами підприємств, умови якого відпрацьовуються шляхом переговорів. Ворожим поглинанням є тендерна пропозиція, якій на початковому етапі протидіє діюче керівництво об'єкта поглинання. Хрестоматійним прикладом, на нашу думку, є спроба ворожого поглинання компанії Yahoo! корпорацією Microsoft.

Слід зазначити, що в пострадянському просторі «вороже поглинання» часто є синонімічним поняттям «протиправне захоплення підприємства» або «рейдерська атака», коли власника підприємства – об'єкта поглинання провокують на відчуження належної йому нерухомості, корпоративних прав, прав тимчасового володіння та користування майном, прав кредитора або заставодержателя тощо або здійснюють захоплення підприємства силовими методами [13, с. 37].

Залежно від того, чи інтегрується об'єкт поглинання до суб'єкта поглинання, чи зали-

шається незалежною юридичною особою (тобто від мети суб'єкта поглинання та наслідків для об'єкта поглинання) розрізняють поглинання *фінансові* та *стратегічні*. Метою фінансового поглинання є отримання прибутку від інвестицій. Придбаний об'єкт передається новому керівництву, його вартість збільшується за рахунок скорочення витрат або підвищення прибутковості, після чого об'єкт знову продають. Фінансові поглинання не потребують інтеграції ресурсів, систем і виробництва. Юридичним оформленням такого поглинання є угода купівлі-продажу окремо визначених активів об'єкта поглинання чи придбання його як цілісного майнового комплексу. Прикладом фінансового поглинання є придбання у вересні 2009 р. пулом інвесторів із СНД, до складу якого входить, зокрема, російська інвестиційна компанія «Велес Капітал», корпорації «Клуб сиру» (з усіма її правами й обов'язками, що включали зокрема основний актив – ВАТ «Канівський маслосирзавод», дистриб'юторську мережу та права на торгову марку).

Стратегічні поглинання характеризуються значним ступенем інтеграції ресурсів суб'єкта й об'єкта поглинання, насамперед щодо основного виробництва, інформаційних технологій, корпоративної культури, логістики та систем управління. Як свідчить практика, спершу відбувається об'єднання фінансової звітності, потім (або паралельно) інтегруються процеси дослідження та розробок, виробництва, збуту, маркетингу, а згодом – все інше. Правовою схемою стратегічного поглинання, окрім придбання матеріальних активів або статутного капіталу, може бути реорганізація у формі злиття або приєднання. Об'єктами стратегічних поглинань найчастіше є підприємства, які мають фінансові проблеми; вартість яких нижча ринкової; підприємства, що мають великий потенціал, але позбавлені можливості інвестування.

Висновки

Проведене дослідження дозволяє доповнити існуючі класифікації злиття та поглинання новим критерієм – ознаки, що мають юридичне значення, які, у свою чергу, поділяються на спільні й індивідуальні ознаки злиття та поглинання. На нашу думку, врахування особливостей злиття та поглинання певних видів сприятиме адекватному застосуванню правових норм

вітчизняного та зарубіжного законодавства, а також позитивно впливатиме на успішність реалізації цих інтеграційних процесів.

Література

1. *Владимирова И. Г.* Слияния и поглощения компаний // Менеджмент в России и за рубежом. – 1999. – № 1. – С. 27–48.
2. *Ендовський Д. А., Соболева В. Е.* Экономический анализ слияний / поглощений компаний. – М., 2008. – 448 с.
3. *Эдоц К. Э.* Слияние и поглощение компаний (финансовый аспект): Дис. ... канд. экон. наук. – М., 2004. – 151 с.
4. *Лямец С., Кадыров Э.* Мы увидим продолжение процесса слияний и консолидации между банками мелкого и среднего размера [Електронний ресурс] // Экономические известия. – 2008. – № 805 (42). – Режим доступу: <http://eizvestia.com/fin/full/32877>.
5. *Шевцова О.* Правовая природа транснациональных корпораций [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1451&Itemid=215.
6. *Генске М.* Механизмы финансирования слияний и поглощений: международный опыт // Слияния и поглощения. – 2003. – № 9. – С. 88–93.
7. *Глинська Г. Я.* Злиття підприємств як фактор підвищення їхньої конкурентоспроможності на міжнародному ринку // [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/natural/Vnulp/Logistyka/2008_623/08.pdf.
8. *Гошовський В.* Відносини в корпоративному секторі: розвідка за українським стандартом // Правовий тиждень. – 2009. – № 40.
9. *Долги* вынуждают «Союз» «слиться» с «Евротэком» / Інформаційна агенція ЛігаБізнес Інформ // [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://biz.liga.net/news/E0900985.html>.
10. *Кібенко О. Р.* Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2006. – 526 с.
11. *Юркевич Ю.* Проблеми правового регулювання перетворення юридичних осіб // [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://law.lnu.edu.ua/fileadmin/user_upload/visnyk/48/vsn48_23.pdf.
12. *Рудык Н. Б.* Методы защиты от враждебного поглощения. – М., 2006. – 384 с.
13. *Селиванова И.* Правовые аспекты поглощения компаний в Украине // Юридичний радник. – 2006. – № 3. – С. 35–38.

The question of investigation is legal issue of mergers and acquisitions' means from the point of view of their practical realization. The author describes the aspects of juridical origin which influence the choice of a definite type of integration. The article contains a list of criteria, the juridical meaning of which is important for a successful performance of mergers and acquisitions.

Статья посвящена исследованию правовой природы механизмов слияния и поглощения субъектов хозяйствования в зависимости от особенностей их практической реализации. Рассматриваются факторы правового характера, которые определяют выбор определенного способа слияния или поглощения, предлагается набор критериев, имеющих юридическое значение для успешного проведения сделок по слиянию и поглощению.



К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ЗАЩИТЫ ПРАВ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В СУДЕБНОМ ПОРЯДКЕ

Александр Хримли,

соискатель

Института экономико-правовых исследований НАН Украины,
г. Донецк

В статье рассматривается проблема определения сущности и целей защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательства в судебном порядке, выделены существенные характеристики и сформулировано понятие «законные интересы субъектов предпринимательства в судебном порядке».

Ключевые слова: защита субъективных прав, судебная защита прав, понятие «защита».

Вопрос защиты прав субъектов предпринимательства в силу его теоретического и практического характера занимает особое место в юридической науке, что обуславливает интерес к нему все большего числа исследователей.

Необходимость правовой защиты субъектов предпринимательства обусловлена самой сущностью рыночных экономических отношений. Согласно ст. 42 Хозяйственного кодекса (далее – ХК) Украины дается определение предпринимательства: это самостоятельная, инициативная, систематическая, на собственный риск хозяйственная деятельность с целью достижения экономических и социальных результатов и получения прибыли. Фактически риск предпринимателя включает в себя не только наступление неблагоприятных последствий в связи с изменением экономических, политических, социальных условий, изменением конъюнктуры рынка, непредсказуемых природных явлений, но и риски, связанные с нарушением его прав иными участниками хозяйственных отношений: контрагентами, органами местного самоуправления или органами государственной власти. Объективно существующая возможность наступления таких рисков требует законодательного закрепления соответствующего механизма защиты.

Исследованию отдельных аспектов проблемы защиты прав субъектов предпринимательства посвящены работы таких отечественных и зарубежных ученых, как Т. Абова, О. Абознова, С. Алексеев, М. Амелеченко, С. Братусь, А. Добровольский, П. Колесов, В. Лаптев, Л. Николенко, О. Скакун, Д. Притыка, Е. Раздьяконов, М. Треушников, И. Шицкий, Л. Явич, В. Ярков и др.

В то же время постоянно изменяющиеся условия хозяйствования, активное использование неизвестных ранее способов нарушения прав субъектов предпринимательства (рейдерство и т. п.), необходимость реформирования судебной системы Украины обуславливают актуальность дальнейшего исследования проблем

определения сущности и целей защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательства.

Цель настоящей статьи – выделить существенные характеристики и предложить определение понятия «защита прав и законных интересов субъектов предпринимательства».

Термины «защита», «правовая защита», «защита прав и интересов», «судебная защита» неоднократно встречаются в нормах действующего законодательства и Конституции Украины. Статья 13 Конституции Украины содержит непосредственное указание на то, что государство обеспечивает защиту всех прав субъектов права собственности и хозяйствования.

В действующем законодательстве Украины термины «защита», «защита прав», несмотря на частое использование, как правило, носят достаточно абстрактный характер. В контексте содержания законодательных норм они чаще всего означают обязанность государства, его органов защищать те или иные права, либо речь идет о гарантиях, мерах охраны тех или иных еще не нарушенных прав. Так, в соответствии с содержанием ст. 36¹ Закона Украины «О прокуратуре» от 05.11.1991 г. представительство прокуратурой интересов гражданина или государства в суде заключается в осуществлении прокурорами от имени государства процессуальных и иных действий, направленных на защиту в суде интересов гражданина или государства в случаях, предусмотренных законом. В данном случае термин «защита» применяется, исходя из контекста, к восстановлению уже нарушенных прав.

В Концепции о защите прав потребителей небанковских финансовых услуг в Украине, одобренной распоряжением Кабинета Министров Украины от 03.09.2009 г. № 1026-р указывается, что обеспечение защиты должно быть направлено на предотвращение недобросовестного предоставления небанковских финансовых услуг.

В отдельных нормативных актах термин «защита» используют не в качестве правовой категории, а как обозначение совокупности технических и организационных мер, непосредственно составляющих содержание фактических действий по защите тех или иных объектов. Так, в ст. 1 Закона Украины «О правовых основах гражданской защиты» гражданская защита определяется как система организационных, инженерно-технических, санитарно-гигиенических и иных мер с целью ликвидации или предотвращения чрезвычайных ситуаций.

Отсутствует единство мнений о сущности и содержании понятия «защита» и среди ученых-юристов. В целом можно выделить несколько основных подходов к определению данного понятия. Сторонники первого подхода рассматривают защиту как деятельность, имеющую определенную цель, средства и результат. Так, С. Алексеев определяет правовую защиту как государственную принудительную деятельность, направленную на восстановление нарушенного права, обеспечение исполнения юридической обязанности [1, с. 180]. Т. Абова включает в содержание защиты хозяйственных прав такую деятельность по применению норм права, которая направлена на восстановление права, осуществление интересов, оказание соответствующего воздействия на правонарушителя, в том числе применение к нему мер ответственности [2, с. 39].

И. Дзера выделяет в системе общеохранительных норм нормы активного действия, направленные непосредственно на защиту нарушенного права (его восстановление и нормализацию) [3, с. 7].

В юридической литературе под защитой понимается также деятельность уполномоченных государственных и негосударственных органов по восстановлению нарушенных гражданских прав и охраняемых законом интересов, а также предупреждение гражданских правонарушений [4, с. 122–130].

Таким образом, несмотря на единство подхода к определению защиты как деятельности, его сторонники все же расходятся во мнении относительно ее целей и основных составляющих.

По мнению Н. Малейна, правовая защита – это система юридических норм, направленных на предупреждение и ликвидацию правонарушений [5, с. 192]. Г. Стоякин отмечает, что правовая защита включает в себя: издание норм, которые устанавливают права и обязанности, устанавливают порядок их осуществления и защиты, угрожают применением санкций; деятельность субъектов по осуществлению своих прав и защите субъективных прав; предупредительную деятельность государственных и общественных организаций и деятельность по реализации правовых санкций [6, с. 34].

Следует также отметить разницу подходов в определении составляющих понятия «защита» (либо только юридические средства, либо юридические средства и деятельность).

Отдельные ученые отождествляют защиту с охраной прав. Например, И. Головань, давая определение понятию «защита», фактически пишет об охране прав. В частности, по его мнению, защита прав субъектов предпринимательской деятельности представляет собой введение в действие системы правовых и организационно-технических средств, направленных на обеспечение реализации прав субъектов предпринимательской деятельности и недопущение их нарушений [7, с. 27]. Однако с такой точкой зрения сложно согласиться, поскольку она фактически не рассматривает ситуацию, когда права субъекта нарушены. В данном случае речь идет именно об охране, причем в наиболее узком значении данного понятия, когда охрану рассматривают как превентивную деятельность, осуществляемую до правонарушения. Как справедливо отмечал В. Лаптев, защита прав – это правовой институт, обладающий известной степенью самостоятельности, обусловленной особым процессуальным порядком ее осуществления, способный обеспечить возможность восстановления субъективных прав [8, с. 1–26].

М. Амельченко, исследуя вопросы защиты прав субъектов хозяйствования в судебном процессе и исполнительном производстве, определяет защиту прав субъектов хозяйствования как обеспечение хозяйственным судом и управомоченными органами государственной исполнительной власти восстановления нарушенных прав и применения к правонарушителям хозяйственно-правовых санкций [9, с. 21–22].

Под судебной защитой прав и законных интересов предлагают понимать также осуществляемую в определенном порядке деятельность судов, направленную на восстановление нарушенных прав и законных интересов посредством применения предусмотренных законодательством способов защиты [10].

В современных условиях, когда происходит переосмысление понимания суда как органа государственной власти, его роли при осуществлении правосудия по хозяйственным делам актуальным является и четкое определение сущности категории «защита» через призму механизма реализации конституционного права на защиту прав субъектов хозяйствования с учетом задач и специфики хозяйственного судопроизводства.

В статье 1 Хозяйственного процессуального кодекса Украины указывается, что предприятия, учреждения, организации, иные юридические лица, граждане, которые осуществляют предпринимательскую деятельность без создания юридического лица и в установленном порядке приобрели статус субъекта предпринимательской деятельности, имеют право обратиться в хозяйственный суд в соответствии с установленной подведомственностью хозяйственных дел за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и охраняемых законом интересов, а также для применения предусмотренных данным Кодексом мер, направленных на предот-

вращение правонарушений. Данная норма показывает, что законодатель относит к защите прав субъектов хозяйствования и защиту уже нарушенных или оспариваемых прав, и применение мер, направленных на предотвращение нарушений. При этом законодатель ведет речь о защите как прав, так и охраняемых законом интересов.

Д. Притыка отмечает, что хозяйственно-судебная форма защиты субъективных прав, несмотря на сходство с общесудебной формой защиты гражданских прав, существенно отличается от последней: установленная законом для хозяйственного суда форма деятельности наиболее приспособлена для рассмотрения и разрешения хозяйственных споров, полной мерой учитывая влияние хозяйственного суда на экономику Украины [11, с. 7].

Таким образом, в процессе хозяйственно-судебной формы защиты субъективных прав не только рассматривается конкретный хозяйственный спор, но и осуществляется влияние на хозяйственную деятельность субъектов хозяйствования, являющихся сторонами спора. Представляется, что данный аспект также имеет важное значение при определении сущности понятия «защита права субъектов хозяйствования».

Реальная защита конкретных нарушенных (оспариваемых) прав и признанных законом интересов должна быть осуществлена таким образом, чтобы это не наносило ущерба экономическому положению субъекта хозяйствования в целом. И здесь нельзя не учитывать важность реализации в процессе защиты прав и законных интересов субъектов хозяйствования специфических принципов, характеристик хозяйственного судопроизводства, присущих ему с момента возникновения специального порядка рассмотрения экономических споров. Известно, что в современных экономических условиях даже при вынесении соответствующего решения о защите нарушенного права при условии несвоевременного разрешения спора субъекту хозяйствования может быть причинен значительный экономический ущерб. Представляется, что данная специфика рассмотрения споров, вытекающих из хозяйственных отношений, должна найти свое отражение в определении понятия «защита» прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности хозяйственным судом.

Исходя из изложенного, предлагаем под защитой прав и законных интересов субъектов предпринимательства в судебном порядке по-

нимать осуществляемую в соответствии с установленной подведомственностью деятельность хозяйственных судов, направленную на восстановление (признание) нарушенных (оспоренных) прав и законных интересов, а также на предотвращение правонарушений путем справедливого и своевременного рассмотрения хозяйственных споров.

Выводы

Выделенные существенные характеристики защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательства позволяют более четко определить ее место как самостоятельной правовой категории, а также возможность повысить эффективность практической реализации прав на судебную защиту субъектов предпринимательской деятельности.

Литература

1. Алексеев С. С. Общая теория права. – М., 1981. – 365 с.
2. Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. – М., 1975. – 216 с.
3. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 18 с.
4. Борисов Д. Ю., Гончаров А. И. Защита прав и законных интересов участников размещения заказа при проведении торгов для государственных нужд // Закон. – 2008. – № 11. – С. 122–130.
5. Малешин Н. С. Гражданский закон и право личности в СССР. – М., 1981. – 215 с.
6. Стоякин Г. Н. Понятие защиты гражданских прав // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. – Свердловск, 1973.
7. Головань І. В. Правова робота у механізмі захисту прав суб'єктів підприємництва: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2003. – 216 с.
8. Лаптев В. В. Защита хозяйственных прав и интересов. М., 1983. – С. 1–26.
9. Амелюченко М. В. Захист прав суб'єктів господарювання в судовому процесі та у виконавчому провадженні: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2001. – 188 с.
10. Синькова В. Защита прав и интересов несовершеннолетних в суде: гражданское судопроизводство // http://www.sibchildren.ru/journal/issue_1/article_3.
11. Притика Д. М. Організаційно-правові засади становлення і діяльності господарських судів України: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. – Х., 2003. – 26 с.

In the article the problem of determination of essence and aims of defence is examined right and legal interests of subjects enterprise in judicial order. On the basis of analysis of theoretical literature and acts of current legislation substantial descriptions and it is formulated concept of legal interests of business entities are selected in a judicial order.

У статті розглядається проблема визначення суті та цілей захисту прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва у судовому порядку, виділені істотні характеристики та сформульоване поняття «законні інтереси суб'єктів підприємництва у судовому порядку».



ЛІСОВЕ ПРАВО: проблемні питання місця та ролі у системі права України

Віталій Печуляк,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри фінансового права

Національного університету державної податкової служби України

У статті розкриваються проблемні питання теоретичного та практичного характеру у сфері лісового господарства України, а також визначення місця та ролі лісового права у системі сучасного вітчизняного права.

Ключові слова: ліс, лісове господарство, галузь права, підгалузь права, систематизація, державне управління.

Ліс, як і інші природні ресурси України – земля, води, надра, атмосферне повітря, є національним надбанням, що відповідно до ст. 13 Конституції України є об'єктом права власності Українського народу. На сьогодні загальна площа земель лісового фонду України становить 10,8 млн га; лісовою рослинністю вкрито 9,5 млн га, тобто 15,7 % території України.

Ліс – унікальне природне явище; за своїми біологічними ознаками це сукупність дерев, чагарників, іншої лісової рослинності (трави, мохів, лишайників тощо), ґрунтового покриву, що взаємопов'язані та впливають одне на одного, на навколишнє природне середовище. Лісові ресурси України величезні: деревина є сировиною для виробництва пиломатеріалів, паперу, меблів, будівельних конструкцій тощо. Разом із тим ліс є й джерелом різноманітної недеревинної продукції: живиці, різних смол, ефірних масел, технічної та лікарської сировини, грибів, ягід, горіхів тощо. Крім того, ліс – це середовище перебування диких птахів і тварин. Саме завдяки корисним властивостям лісу вдається запобігати забрудненню навколишнього природного середовища тощо (ст. 6 Лісового кодексу (далі – ЛК) України).

Зважаючи на багатоманітне економічне та соціальне призначення лісів, багатовекторною є й сфера їх правового регулювання. Однак у вітчизняній правовій науці наразі не сформовано єдиного підходу щодо визначення місця та ролі лісового права у системі вітчизняного права, практично не досліджені ґрунтовні аспекти державного регулювання цієї сфери.

Метою цієї статті є визначення місця та ролі лісового права у системі права України та встановлення основних напрямів державного регулювання сфери лісового господарства.

Правовою основою лісогосподарювання в Україні є на сьогодні Лісовий кодекс України, нова редакція якого затверджена 08.02.2006 р. (набула чинності 29.03.2006 р.).

Що стосується розвитку сучасної вітчизняної правової думки у галузі лісів і лісового господарства, то питанням трансформації лісового права в умовах перехідного суспільства присвячували увагу В. Костицький та М. Краснова; з позицій природно-ресурсового підходу висвітлювала питання використання лісових ресурсів О. Глотова. Проблеми юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства досліджені у роботах О. Сасова, В. Завгородньої, Н. Марфиної. С. Шершун аналізує сучасний стан правового регулювання лісогосподарювання, В. Непийвода розглядає правове регулювання суспільних відносин у лісовій сфері у контексті сталого розвитку.

Тематика охорони, використання та відтворення лісів досліджувалася також у контексті державно-правового регулювання цієї сфери та розбудови управлінської сфери у цілому у роботах дослідників-адміністративістів (І. Грищенко, Н. Панова, К. Рябець).

Проблематика використання лісових ресурсів тісно пов'язана з природо-ресурсними проблемами та дослідженнями проблем права навколишнього природного середовища, про що свідчать роботи Ю. Шемшученка, О. Колбасова, М. Бринчука, В. Петрова. Вчені розглядають проблеми лісів та лісового господарства у межах земельного права, зокрема питань права власності на землю, загальних аспектів реформування земельних відносин в Україні (О. Бондар, О. Вівчаренко, Л. Заславська, І. Каракаш, П. Кулинич, О. Погрібний та ін.).

Правові проблеми охорони та використання лісів як компонента рослинного світу досліджують А. Гетьман та В. Попов; соці-

альні аспекти правової охорони довкілля висвітлені у роботах С. Кравченко, М. Орлова. Н. Малишева аналізує міжнародно-правові питання, що впливають на стан лісів і лісове господарство. Проблеми збереження біологічного різноманіття розглядають Н. Малишева, В. Олещенко, П. Гвоздик.

На нашу думку, розмаїття наукових досліджень свідчить про те, що у вітчизняній правовій доктрині не сформовано сталого уявлення про роль і місце сукупності правових норм, які регулюють правовідносини, пов'язані з веденням лісового господарства й охороною лісів. Існування ж комплексу правових норм, що регулюють певні відносини, передбачає можливість їх систематизації. Оскільки системою є сукупність визначених елементів, між якими існує закономірний зв'язок і взаємодія, яка створює певну цілісну єдність [1, с. 583], у філософії виходять з того, що практично кожен об'єкт може бути розглянутий як система. З цієї точки зору, на нашу думку, лісове право також є системою, а тому у ньому повинні бути систематизовані всі визначення, явища, компоненти, які потрапляють у його сферу.

А. Селіванов використовує при цьому термін «правова інфраструктура», пояснюючи його наявністю формуванням у кожній сфері суспільних відносин не тільки належного законодавства, а й ефективної системи правозастосовуючих інститутів [2, с. 15]. Оскільки вчений не розкриває суть поняття «правова інфраструктура», залишається припустити, що він розглядає його як певну сукупність структурних елементів, комплекс об'єктів певної галузі [3, с. 703–704], тобто як складну систему.

Що стосується практичних аспектів використання лісових ресурсів в Україні, то доволі тривалий час (починаючи ще з радянського періоду) ліси, як і інші природні ресурси, не визнавалися товаром [4, с. 14], тобто були виключені з обігу як цілісний комплекс. У той самий час деревина й інша лісова продукція визнавалися предметом товарообігу, що зумовлювало існування складної конструкції правового режиму лісів [5, с. 12]. Ця ситуація зумовлювала ставлення до лісів з боку державних органів як до сировини, незважаючи на їх екологічні та соціальні функції. Сьогодні ж із встановленням різноманітних форм власності на лісові ресурси ситуація змінилась, однак експерти наголошують, що оскільки ринкова ціна для більшості корисних властивостей лісів нульова, а обсяги їх постачання споживачам недостатні, то результати такої нестачі означають конфлікт інтересів соціального характеру. Так, хоча економічний і технологічний розвиток є передумовою розв'язання проблем у соціальній

сфері, він одночасно негативно позначається на навколишньому природному середовищі. Саме тому постає необхідність вироблення загальних положень доктрини розвитку лісів і лісового господарства в Україні, насамперед, для з'ясування мети та пріоритетів правового і державного регулювання цієї сфери.

Поняття «лісове господарство» охоплює широкий спектр людської діяльності: від вирощування деревини до відмови від будь-якого втручання в розвиток лісових екосистем. За такої умови доволі легко пояснюється термінологічне різноманіття у сфері лісового господарства та відсутність його однозначного визначення у ЛК України.

Відповідно до традиційних уявлень, *лісове господарство* – це галузь матеріального виробництва, у функції якої входять: вивчення й облік лісів; їх відтворення; охорона від пожеж, шкідників і хвороб; регульоване лісокористування та контроль за використанням лісових ресурсів. Основна особливість галузі полягає у тривалому періоді вирощування лісів – 100 років і більше [6, с. 516]. На основі цього Н. Краснов свого часу визнав, що лісове господарство – це не просто різні види користування лісом, а й користування землями, необхідними для ведення лісового господарства й організації лісокористування [7, с. 42]. Дотримуючись екологічного підходу, Е. Вілсон розглядає лісівництво, наукову базу лісового господарства як частину екології та вважає, що лісівництво може розвиватися лише тією мірою, якою розвивається остання [8, с. 11]. Обидва твердження не позбавлені сенсу та відображають різні сторони лісового господарства.

Два принципові підходи до лісогосподарювання сформулював американський дослідник А. Леопольд. Він зазначав, що одні не бачать різниці між використанням різних природних ресурсів, застосовуючи одні й ті самі підходи, або ж вбачають у лісовому господарстві можливість його штучного відтворення. Інші бачать фундаментальну відмінність між лісовим господарством та агрономією, оскільки лісове господарство має справу з природними видами і підтримує природне середовище, а не створює штучне. Дж. Ромм розглядає лісове господарство як певний режим дій, якими людина зберігає, наріщує, видозмінює та заміняє певні ознаки лісів з метою закріплення бажаних для неї властивостей [9, с. 290]. Таким чином, *лісове господарство* – це не просто процес формування лісу, його стану, що якнайкраще відповідає потребам людини, а й певним чином соціальний процес. Саме у цій площині, зважаючи на складність сфери лісового господарства, актуальними є питання щодо визначення складових предмета правового регулювання

сфери лісового господарства, лісового права в цілому, яке регулює дану сферу правовідносин, і цілі цього регулювання. Проведений аналіз наукових розробок у сфері права щодо використання лісових ресурсів свідчить, що окремі елементи лісового господарства є настільки різноманітними, що подекуди можуть вступати у суперечність між собою.

На наше переконання, незалежно від того, яке місце у системі права України посідає лісове право, воно як сукупність норм регулюючого характеру покликане забезпечити якнайповнішу охорону, захист, раціональне використання та відтворення лісів.

Сучасна юридична наука та практика визнають, що правовідносини не можна розглядати окремо від тих фактичних суспільних відносин, які набувають правової форми. Традиційне виділення у структурі правовідносин таких елементів, як суб'єкти, об'єкти та права й обов'язки, а також описаний об'єм предмета наукових досліджень у сфері лісового господарства зумовлюють висновок, що правовідносини у сфері лісового господарства характеризуються різноманітністю. Це пов'язується, зокрема, з неоднозначністю поглядів правників на проблему співвідношення галузей права та законодавства, що регламентують відносини у сфері охорони навколишнього природного середовища, використання й охорони природних ресурсів, місце та роль лісового права у системі права. Не останню роль відіграє і той факт, що норми лісового права повинні стимулювати економічний розвиток і одночасно забезпечувати охорону права громадян на безпечне для життя та здоров'я навколишнє природне середовище.

О. Дубовик розглядає земельне право як підгалузь екологічного права, хоча при цьому дослідниця називає земельне, лісове, гірниче право традиційними галузями права [10]. Екологічне право пов'язане з природо-ресурсними галузями права (земельним, гірничим, водним), оскільки вони мають спільні правові інститути й інструменти. С. Боголюбов зазначає, що природо-ресурсне право як частина екологічного права охоплює земельне, гірниче, водне, лісове й інші підгалузі екологічного права; при цьому земельне право є самостійною галуззю права [11]. Він також наголошує, що гірниче, лісове та водне право є самостійними галузями [12]. В. Петров, вказує, що лісове, водне та гірниче право виділились із земельного, яке, у свою чергу, має галузевий характер і не може вважатися частиною екологічного права, оскільки має багато норм та інститутів, що не стосуються екології [13; 14].

Автори одного з російських підручників із земельного права [15] вважають, що існу-

вання єдиної інтегрованої та консолідованої галузі права – природо-ресурсного права є виправданим, проте екологічне право, що охоплює як природо-ресурсне, так і природо-охоронне право, не існує, оскільки друге – це частина першого.

Б. Єрофеев є прихильником позиції, що земельне, водне та лісове право повинні бути підгалузями екологічного права [16]. О. Красов вважає, що земельне право тісно пов'язане із природо-ресурсним, яке охоплює гірниче, водне, лісове та фауністичне право [17]; інші ж дослідники називають лісове, гірниче та водне право підгалузями самостійної галузі права – земельного права [18].

Слід зазначити, що земельні відносини тривалий час охоплювали всі природно-ресурсні відносини, чим зумовлюється тісний взаємозв'язок природо-ресурсного права з екологічним. Це знаходить свій вияв у взаємозалежності та взаємопроникненні природно-ресурсових, природоохоронних і середовищезахисних відносин [19, с. 15]. Більше того, у концептуальному плані раціональне й ефективне природокористування розглядається як природоохоронна та середовищезахисна діяльність [20; 21], що стало підставою для об'єднання природно-ресурсного та природоохоронного права в єдину інтегровану галузь екологічного права. А земельні, гірничі, водні та лісові відносини є предметом відповідних самостійних галузей права і регулюються окремими кодифікованими нормативними актами та системою законодавства. Крім того, значна кількість учених-правників підтримує позицію щодо формування вітчизняного фауністичного, флористичного й інших природо-ресурсових галузей права [22; 23; 24]. І залишається зовсім невелике коло суспільних відносин, які охоплюються природо-ресурсним правом.

Разом із тим формування та розвиток у вітчизняній системі права інституту права приватної власності на землю та ліси ускладнило завдання розмежування галузей права.

Висновки

Предмет регулювання екологічного права чітко не визначений, а тому єдиного погляду на цю проблему у доктрині ще не існує. Тим не менш, ми підтримуємо позицію, згідно з якою лісове право може вважатися підгалуззю екологічного права, оскільки останнє, як і будь-яка інша цілісна система, що реалізується через множинність її елементів, реалізується через земельне, водне, лісове, гірниче й інші сфери права, що є єдиною «правовою сім'єю», тобто можуть вважатися підгалузями екологічного права. Всі вони

об'єднуються системоутворюючими факторами.

Традиційним у вітчизняній доктрині права є той підхід, що галузі права розрізняються за двома основними критеріями – предметом і методом правового регулювання. Однак аналіз критеріїв у контексті аргументації формування лісового права як самостійної галузі у нашому випадку не дав достатніх підстав виділяти її як таку; доцільно лише відокремлювати її як підгалузь, призначенням якої є правове регулювання близьких за видом правовідносин. Лісове право за своїми системними характеристиками, на нашу думку, є підгалуззю права, а живиння у даному випадку терміна «право» не можна вважати достатнім критерієм самостійності галузі.

Враховуючи той факт, що система права держави може видозмінюватися, зважаючи на ту мету, що переслідується правовим регулюванням конкретної сфери суспільних відносин, зауважимо, що (яке б місце не займало лісове право у системі права України) попередження глобальних екологічних проблем є тією основною метою, яка має супроводжувати його розвиток. Найважливішим завданням лісового права визнається підтримання рівноваги між інтересами економічного зростання та потребами охорони довкілля. Ліс – це той осередок, навколо якого виникають і розвиваються суспільні відносини, які має регулювати лісове право.

Література

1. Йолон П. Система // Філософський енциклопедичний словник. – К., 2002. – 742 с.
2. Селіванов А. О. Наука і закон. – К., 2003. – 263 с.
3. Економічна енциклопедія: У 3 т. – К., 2000. – Т. 1. – 864 с.
4. Колбасов О. С. Экология: политика – право: Правовая охрана природы в СССР. – М., 1976.
5. Дембо Л. И. Правовой режим лесов. – Л., 1951.
6. Воробьев Г. И. Лесное хозяйство // Лесная энциклопедия. – М., 1985. – Т. 1.
7. Правовое обеспечение рационального использования земли в СССР / Под ред. Н. И. Краснова. – М., 1974.
8. Wilson E. O. Forest Ecosystems: More Complex Than We Know // Defining Sustainable Forestry. – Washington, DC, Covelo, CA: Island Press, 1993.
9. Romm J. Sustainable Forestry, an Adaptive Social Process // Defining Sustainable Forestry. – Washington DC, Covelo, CA: Island Press, 1993. – P. 280–293.
10. Дубовик О. Л., Кремер Л., Любе-Вольфф Г. Экологическое право. – М., 2005.
11. Боголюбов С. А. Экологическое право. – М., 2001. – 448 с.
12. Боголюбов С. А., Галиновская Е. А., Емельянова В. Г. Земельное право / Под ред. С. А. Боголюбова. – М., 2010.
13. Петров В. В. Экологическое право России. – М., 1995. – 557 с.
14. Петров В. В. Экологическое право России. – М., 1996.
15. Земельное право РФ / Ю. Г. Жариков, В. Х. Улюкаев, Г. А. Ларионов и др.; Под ред. В. Х. Улюкаева. – М., 2003. – 496 с.
16. Ерофеев Б. В. Экологическое право: учебник для вузов. – М., 1992. – 341 с.
17. Краснов О. И. Земельное право. – М., 2007.
18. Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 2001. – 776 с.
19. Природоресурсове право України / За ред. І. І. Каракаша. – К., 2005. – 376 с.
20. Мунтян В. Л. Правовые проблемы рационального природопользования: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 1975. – 49 с.
21. Шемшученко Ю. С. Правовые проблемы экологии. – К., 1989. – 231 с.
22. Андрейцев В. І. Екологічне право: Особлива частина. – К., 2001. – 543 с.
23. Екологічне право України / За ред. В. К. Попова, А. П. Гетьмана. – Х., 2001. – 249 с.
24. Экологическое право Украины / Под ред. И. И. Каракаша. – О., 2001. – 478 с.

The article introduces the theoretic and practical issues of the forestry branch of Ukraine and determines the place and role of it in the system of modern Ukrainian law.

В статті розкриваються проблемні питання теоретичного і практичного характеру в сфері лісного господарства України, а також определения места и роли лесного права в системе современного отечественного права.



ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОГО ЗЕМЕЛЬНОГО КАДАСТРУ

Діана Бусуйок,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

Стаття присвячена визначенню поняття «державний земельний кадастр», класифікації кадастрових норм і правовідносин.

Ключові слова: державний земельний кадастр, правовий інститут, об'єднання інститутів, матеріальні норми, процедурні норми, матеріальні правовідносини, процедурні правовідносини.

Визначення поняття «державний земельний кадастр» є результатом узагальнення наявного нормативно-правового матеріалу з цього питання, що дозволяє виявити прогалини та суперечності у правовому регулюванні кадастрових суспільних відносин, а також сформулювати пропозиції щодо подальшого вдосконалення чинного законодавства. Поняття «державний земельний кадастр» було предметом дослідження представників радянської науки земельного права. Сформоване ними поняття відповідає соціально-економічним умовам того часу. З моменту проведення їх досліджень соціально-економічні умови розвитку суспільства кардинально змінилися. Відбувся перехід від планової до ринкової економіки з усіма притаманними їй механізмами. Ці зміни мали б знайти своє закріплення у понятті «державний земельний кадастр».

Існують різні точки зору щодо поняття «земельний кадастр»: земельний кадастр – це: сукупність дій, заходів з реєстрації землекористувань, обліку й оцінки землі; сукупність матеріалів, документів і карт, що містять відомості щодо землі; сукупність сучасних, дійсних і необхідних даних про землю [1, с. 15]. Ці точки зору до певної міри знайшли своє закріплення у ст. 193 Земельного кодексу України, у якій сформульовано визначення державного земельного кадастру. Згідно з цим визначенням державний земельний кадастр – це єдина державна система земельно-кадастрових робіт, що встановлює процедуру визнання факту виникнення або припинення права власності та права користування земельними ділянками, містить сукупність відомостей і документів про місце розташування та правовий режим цих ділянок, їх оцінку, класифікацію земель, кількісну й якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів.

О. Колотинська визначає правове поняття земельного кадастру в двох станах – у статичній та динамічній [2, с. 19; 3, с. 13–14, 22–24].

Під поняттям кадастру в статичній вона розуміє систему правових норм, які визначають вимоги до змісту кадастру та його документації, а також регулюють суспільні відносини з його ведення та використання. Поняття кадастру в динамічній, у свою чергу, утворюють кадастрові правовідносини, що є результатом опосередкування нормами права суспільних відносин, які виникають у процесі діяльності компетентних органів держави з ведення кадастру, а також підприємств, об'єднань, що використовують кадастрові дані при прийнятті рішень у сфері господарської й іншої діяльності. Що стосується поняття кадастру в статичній, то зазначається, що регулювання відносин з ведення кадастру здійснюється матеріальними та процесуальними правовими нормами, які складають інститут кадастру.

Згідно з теорією держави та права [4, с. 277–278] норма матеріального права – це норма, що є первинним регулятором суспільних відносин: містить правило (права, обов'язки, заборони), на підставі якого можна вирішити справу по суті. Норма процесуального права – це норма, що встановлює оптимальний порядок застосування норм матеріального права: містить правило, на підставі якого можна вирішити справи по суті. Призначення процесуальної норми – встановити процедуру, «регламент» здійснення прав або виконання обов'язків, закріплених у матеріальних нормах; сприяти досягненню результату, передбаченого нормою матеріального права.

Що стосується характеристики норм процесуального права, то науковцями сформовані дві концепції – вузького та широкого розуміння юридичного процесу. Згідно з концепцією вузького розуміння юридичного процесу процесуальну форму розглядають лише у зв'язку з юрисдикційною діяльністю з вирішення правових спорів і розгляду справ щодо вчинення відповідних правопорушень. Згідно з концепцією широкого розуміння юридичного процесу слід виходити з рівно-

значності поняття процедури та процесу, поширення процесуальної форми не лише на юрисдикційну діяльність, а й на всі види позитивної правозастосовної діяльності [5, с. 9; 6, с. 8–14; 7, с. 494–496 та ін.

Дотримуючись концепції вузького розуміння юридичного процесу, ми вважаємо, що під поняттям земельного кадастру в статті слід розуміти систему матеріальних і процедурних правових норм, що здійснюють регулювання суспільних відносин з ведення кадастру. Наприклад, матеріальні правові норми передбачають, що права на землю мають бути зареєстровані. У свою чергу, процедурні норми закріплюють порядок ведення державного земельного кадастру.

Матеріальні та процедурні правові норми утворюють один правовий інститут. При цьому відбувається подальший розвиток цих правових норм. Зокрема, до кінця не сформованими є матеріальні та процедурні норми щодо державної реєстрації прав на землю в частині визначення суб'єктів здійснення такої реєстрації тощо. Подальший розвиток і деталізація кадастрового законодавства може призвести до відокремлення матеріальних правових норм від процедурних правових норм. Тому ми вважаємо, що державний земельний кадастр слід розглядати у матеріальному та процедурному аспектах. *Земельний кадастр у матеріальному розрізі* – це передбачені матеріальними нормами права й обов'язки суб'єктів кадастрового правовідношення. *Земельний кадастр у процедурному розрізі* – це врегульована процедурними нормами діяльність уповноважених суб'єктів.

У радянській юридичній літературі правові норми, за допомогою яких здійснювалося регулювання відносин з ведення державного земельного кадастру, визнавалися як правовий інститут кадастру. До його складу входили такі субінститути: державна реєстрація землекористувань, державний облік земель та їх кадастрова оцінка [1, с. 105–125; 2, с. 87–98; 3, с. 14]. Загальновизнаним є положення, відповідно до якого інститут права – це система юридичних норм, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин. Отже, правові норми, за допомогою яких здійснюється сучасне регулювання відносин з ведення державного земельного кадастру, також є правовим інститутом кадастру. Ці правові норми врегульовують однорідні суспільні відносини – відносини, які пов'язані з веденням земельного кадастру. Вони формують певну впорядковану систему правових норм; зокрема, порядок ведення земельного кадастру передбачає вчинення певних дій у відповідній послідовності. За змістом правові норми, що регулюють кадастрові суспільні відносини можна поділити на такі ви-

ди: кадастрове зонування; кадастрові зйомки; бонітування ґрунтів; економічна оцінка земель; грошова оцінка земельних ділянок; державна реєстрація земельних ділянок; облік кількості й якості земель.

Залежно від структури під правовим інститутом слід розуміти інститут, який може складатися з одного інституту, субінститутів та об'єднання інститутів [8, с. 149–154]. Правові норми сучасного державного земельного кадастру не є єдиним правовим інститутом, а також не формують субінститутів. Ми вважаємо, що правові норми, що входять до складу інституту державного земельного кадастру, утворюють об'єднання інститутів: кадастрове зонування; кадастрові зйомки; бонітування ґрунтів; економічна оцінка земель; грошова оцінка земельних ділянок; державна реєстрація земельних ділянок; облік кількості й якості земель. Вони до певної міри є окремими інститутами, що самостійно існують і розвиваються. Правове регулювання суспільних відносин, які є предметом цих інститутів, здійснюється окремо в окремих статтях Земельного кодексу України та спеціальних нормативно-правових актах. Розміщення правових приписів щодо цих правових інститутів в одній главі Земельного кодексу України та віднесення їх до складових частин державного земельного кадастру є підставою для їх об'єднання. Так, відносини з грошової оцінки землі регулюються спеціальними нормативно-правовими актами та базуються на даних з обліку кількості й якості землі, державної реєстрації прав на землю тощо.

Якщо норма права – статичний стан правового регулювання, то правовідношення – динамічний. Правовідносини виникають на підставі норм права, дозволяють «перевести» абстрактні юридичні норми у площину персоніфікованих зв'язків, тобто на рівень суб'єктивних прав та юридичних обов'язків [9, с. 207].

Досліджуючи кадастрові правовідносини, М. Казанцев виділив як окрему самостійну групу земельних правовідносин правовідносини з ведення державного земельного кадастру. М. Краснов виокремив усі земельні правовідносини у сфері державного управління земельним фондом в окремий вид правовідносин, поділив їх на підвиди, що розкривають більш детально зміст окремих функцій управління, виділив серед останніх як підвид правовідносини у сфері державної реєстрації землекористувань, державного обліку, ведення земельного кадастру. Запропонована М. Красновим класифікація вказує не лише на віднесення правовідносин із ведення земельного кадастру до земельних правовідносин і на їх зв'язок з правовідноси-

нами з управління земельним фондом, а й на нерозривний зв'язок і спільність кадастрових правовідносин з правовідносинами з державної реєстрації землекористувань та державного обліку земель [2, с. 103]. О. Колотинська дійшла висновку про наявність комплексу кадастрових відносин, що здійснюються у двох рівнях: у вигляді відносин з ведення кадастру та відносин у сфері використання його даних, які мають певну послідовність і знаходяться у певній залежності [3, с. 13–14]. Також вона звертає увагу на існування матеріальних і процесуальних кадастрових правовідносин [2, с. 103].

З часу проведення досліджень кадастрових правовідносин відбулось їх ускладнення, збільшився перелік складових частин державного земельного кадастру тощо. У зв'язку з цим необхідно провести систематизацію наявних видів кадастрових правовідносин. На нашу думку, кадастрові правовідносини можна класифікувати за:

характером інформації та дій на: кадастрове зонування; кадастрові зйомки; бонітування ґрунтів; економічна оцінка земель; грошова оцінка земельних ділянок; державна реєстрація земельних ділянок; облік кількості та якості земель;

характером правових норм на: матеріальні та процедурні правовідносини.

Висновки

Підсумовуючи викладене та беручи до уваги те, що земельно-кадастрові роботи не вичерпуються процедурою визнання факту виникнення або припинення права власності та права користування земельними ділянками ми вважаємо, що *державний земельний кадастр* – це єдина державна система земельно-кадастрових робіт, відомостей і документів про місце розташування та правовий режим земельних ділянок, їх оцінку, класифікацію земель, кількісну й якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів.

Таким чином, поняття «державний земельний кадастр» є багатоаспектним явищем. Під державним земельним кадастром слід розуміти правовий інститут державного земельного кадастру (статика) та кадастрові правовідносини (динаміка).

Земельний кадастр слід розглядати у матеріальному та процедурному аспектах.

Правовий інститут державного земельного кадастру – це система матеріальних і процедурних правових норм, що регулюють суспільні відносини з ведення кадастру.

Правовий інститут державного земельного кадастру об'єднує такі правові інститути, як кадастрове зонування; кадастрові зйомки; бонітування ґрунтів; економічна оцінка земель; грошова оцінка земельних ділянок; державна реєстрація земельних ділянок; облік кількості й якості земель.

Державний земельний кадастр – це єдина державна система земельно-кадастрових робіт, відомостей і документів про місце розташування та правовий режим земельних ділянок, їх оцінку, класифікацію земель, кількісну й якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів.

Зроблені висновки сприятимуть удосконаленню поняття «державний земельний кадастр» у частині подальшого розвитку наявних кадастрових норм та правовідносин.

Література

1. Колотинская Е. Н. Правовые вопросы теории государственного земельного кадастра в СССР. – М., 1982. – 127 с.
2. Колотинская Е. Н. Правовые основы природно-ресурсовых кадастров в СССР. – М., 1986. – 131 с.
3. Колотинская Е. Н. Правовые проблемы теории государственных кадастров природных ресурсов в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1988. – 45 с.
4. Скакун О. Ф. Теория держави і права. – Х., 2001. – 656 с.
5. Абдраимов Б. Ж. Проблемы совершенствования процессуальных форм реализации норм земельного права: автореф. дис. ... на соискание ученой степени д-ра юрид. наук. – Алматы, 2001. – 59 с.
6. Авер'янов В. Б. Значення адміністративних процедур у реформуванні адміністративного права // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 3. – С. 8–14.
7. Бусуйок Д. В. До питання про земельно-процесуальні норми, які опосередковують здійснення державного управління у сфері використання і охорони земельного фонду // Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку: 36. тез наук. доповідей VI Міжнародної наук.-практ. конф. молодих учених / Луцьк, 19–20 березня 2010 р. – Луцьк, 2010. – С. 494–496.
8. Алексеев С. С. Структура советского права. – М., 1975. – 264 с.
9. Малько А. В. Теория государства и права. – М., 2001. – 304 с.

The article is devoted to finding out the concept of the state land cadastre. Classification of cadastre norms and legal relationships is being carried out.

Статья посвящена определению понятия «государственный земельный кадастр», классификации кадастровых норм и правоотношений.



ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ НЕПРАВОМІРНОГО ВИКОРИСТАННЯ КВАЛІФІКОВАНОГО ЗАЗНАЧЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ТОВАРІВ

Юлія Мельниченко,

*здобувачка Харківського національного університету внутрішніх справ,
викладач кафедри цивільного права та процесу
Донецького юридичного інституту
Луганського державного університету внутрішніх справ
ім. Е. О. Дідоренка*

У статті досліджуються недоліки та прогалини чинного законодавства України щодо визначення дій, які містять ознаки неправомірного використання кваліфікованого зазначення походження товарів.

Ключові слова: неправомірне використання кваліфікованого зазначення походження товарів, об'єкти інтелектуальної і творчої власності, змішування, введення в оману.

Кваліфіковане зазначення походження товарів є одним із засобів індивідуалізації учасників цивільного обігу, товарів (робіт, послуг), які вони виготовляють чи надають, основна функція якого полягає в індивідуалізації місця походження товару, послуги. Споживачі, орієнтуючись на кваліфіковане зазначення походження товарів, отримують важливу інформацію про місце походження товару, послуг і, в непрямій формі, про властиві їм якості та характеристики. Кваліфіковане зазначення походження товарів, за належного їх використання, допомагають споживачам у прийнятті рішень щодо вибору певних товарів. Саме тому неправомірне використання кваліфікованого зазначення походження товарів здатне викликати у споживача неправильне сприйняття чи навіть ввести в оману щодо дійсного місця походження товару або послуг. У потенційних споживачів товару кваліфіковане зазначення походження товарів повинно асоціюватися із справжнім місцем походження (виробництвом) товару або послуг. Використання кваліфікованого зазначення походження товарів на товарах, що не походять із відповідного географічного району, має кваліфікуватися як таке, що вводить споживачів в оману відносно дійсного місця походження товарів або послуг. Більше того, особа, яка неправомірно використовує кваліфіковане зазначення походження товарів, не тільки вводить в оману споживачів щодо справжнього місця походження товару, а й набуває певної переваги над конкурентами, оскільки фактично використовує вже відому

хорошу репутацію як товарів, позначених кваліфікованим зазначенням походження товарів, так і репутацію їх виробника, якому належать виключні права на нього. Останній протягом певного періоду часу може втратити частину або й усіх своїх споживачів; також це завдасть шкоди репутації, пов'язаній із таким зазначенням, що, у свою чергу, призведе до порушення економічної стабільності на ринку товарів і послуг. Це дає також усі підстави стверджувати про наявність недобросовісної конкуренції.

Питанням правової охорони географічних зазначень присвячені монографії, наукові статті таких відомих російських цивілістів, як С. Горленко, О. Городов, О. Григор'єв, В. Мотильова. В Україні фактично відсутні наукові дослідження зазначеної проблематики. Є поодинокі публікації Г. Андрощука, М. Архипової, А. Козинця, І. Кожарської, В. Крижної.

Метою цієї статті є дослідження й аналіз дій, які містять ознаки неправомірного використання кваліфікованого зазначення походження товарів, а також виявлення істотних проблем, недоліків і прогалин у чинному законодавстві України.

Правове регулювання відносин, пов'язаних з кваліфікованим зазначенням походження товарів, передбачене Цивільним кодексом (далі – ЦК) України (глава 45 «Право інтелектуальної власності на географічне зазначення») та Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р. № 752-XIV. Коло питань щодо

зазначеної сфери відносин регулюється також Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 17.06.1996 р. № 236/96 та ін.

Відповідно до ст. 22.1 Угоди ТРІПС географічне зазначення є зазначенням, що ідентифікує товар, який походить з території члена (СОТ) або з району чи місцевості на цій території, коли ця якість, репутація або інші характеристики товару в основному зумовлені його географічним походженням. Згідно із ст. 2 (1) Лісабонської угоди про захист місць походження виробів та їх міжнародної реєстрації (1958 р.) назва місця походження є географічною назвою країни, району або місцевості, що слугує для позначення товару, який походить з даної країни або місцевості, якість і особливості якого пояснюються виключно або в основному географічним середовищем, у тому числі природними та людськими чинниками.

На жаль, чинний ЦК України не дає нам визначення географічного зазначення (ст. 501), тому маємо звернутися до Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» (далі – Закон), який визначає правові засади охорони прав на географічне зазначення в Україні та регулює відносини, що виникають у зв'язку з їх набуттям, використанням і захистом. Статтями 1 і 6 Закону встановлено, що зазначення походження товару – термін, що охоплює просте зазначення походження товару та кваліфіковане зазначення походження товару.

Просте зазначення походження товару – будь-яке словесне чи зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару. Ним може бути і назва географічного місця, яка вживається для позначення товару або як складова частина такого позначення.

Кваліфіковане зазначення походження товару – це назва місця походження товару та географічне зазначення походження товару.

Назва місця походження (далі – НМП) товару – назва географічного місця, яка вживається для позначення товару, що походить із географічного місця та має особливі властивості, виключно або в основному зумовлені характерними для даного географічного місця природними умовами або поєднанням цих природних умов із характерним для даного географічного місця людським фактором.

Географічне зазначення походження (далі – ГЗП) товару – назва географічного місця, яка вживається для позначення товару, що походить із цього географічного місця та має певні якості, репутацію або інші характеристики, зумовлені в основному характерними для даного географічного місця природними умовами чи людським фактором або

поєднанням цих природних умов і людського фактора.

Закон доволі широко розкриває зміст поняття «порушення права на використання зареєстрованого географічного зазначення походження товару». За Законом цим поняттям охоплюються такі дії:

- використання зареєстрованого географічного зазначення походження товару особою, яка не має свідоцтва про право на його використання;

- використання зареєстрованого географічного зазначення походження товару, якщо цей товар не походить із зареєстрованого для цього зазначення географічного місця, навіть якщо справжнє місце походження товару або географічне зазначення його походження використовується у перекладі або супроводжується словами: «вид», «тип», «стиль», «марка», «імітація» тощо;

- використання зареєстрованого географічного зазначення походження товару або подібного до нього позначення для відмінних від описаних у Реєстрі однорідних товарів, якщо таке використання вводить в оману споживачів щодо походження товару та його особливих властивостей або інших характеристик, а також для неоднорідних товарів, якщо таке використання завдає шкоди репутації зареєстрованого географічного зазначення або є неправомірним використанням його репутації;

- використання зареєстрованого географічного зазначення походження товару як видової назви.

У цілому порушення права на використання географічного зазначення можна визначити, як використання неправдивого (ідентичного) зазначення, що може викликати змішування у споживачів, або такого, що вводить споживача в оману щодо справжнього місця походження товару.

Стаття 10 bis (3) Паризької конвенції зобов'язала країни-учасниці забороняти всі дії, здатні викликати змішування відносно підприємства, продуктів, промислової або торговельної діяльності конкурента. Сфера дії ст. 10 bis (3) є вельми широкою, оскільки її положення стосується будь-якої дії у процесі здійснення господарської діяльності, тому можна припустити, що вона стосується і використання географічного зазначення. Для правильної кваліфікації дій, які є порушенням прав на географічне зазначення, на особливу увагу заслуговують поняття «*змішування*» та «*введення в оману*». З'ясування цих понять дозволить суддям правильно приймати відповідні рішення при розгляді справ про порушення права на географічне зазначення.

Згідно із ст. 10 bis (3) 1 Паризької конвенції навіть «намір» викликати змішування

дає всі підстави для визначення такої дії як акту недобросовісної конкуренції. Стаття 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» передбачає загальний принцип, згідно з яким недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Відповідно до ст. 4 цього Закону недобросовісною конкуренцією є використання без дозволу уповноваженої на те особи чужого знаку для товарів і послуг, інших позначень, а також рекламних матеріалів, упаковки товарів, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (підприємця), який має пріоритет на їх використання. При цьому недобросовісною конкуренцією визнається не лише використання тотожних позначень товарів (робіт і послуг), а й схожих, якщо це може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

Найчастіше змішування (схожість) буває двох видів. Це використання особою, яка не має права на використання кваліфікованого зазначення походження товарів, тотожного (оригінального) або імітація зазначення, з одного боку, і зовнішнього вигляду товарів, позначених таким зазначенням, – з іншого.

Найбільш поширений вид змішування (схожості) має місце тоді, коли позначення настільки нагадує географічне зазначення, права на яке вже виникли в іншої особи, що це може призвести до змішування серед значного числа споживачів відносно справжнього місця походження товарів або послуг. При визначенні змішування (схожості) повинні розглядатися такі фактори, як ступінь здатності географічного зазначення до індивідуалізації позначених ним товарів і місця їх походження, масштаби та сфера діяльності, репутація його правоволодільця, рівень інформованості споживачів і, безумовно, схожість порівнюваних позначень. Слід брати до уваги те, що споживач буде більш уважним при купівлі товару високої вартості.

Критерії, що використовуються для встановлення схожості порівнюваних зазначень, за деякими незначними відмінностями, є однаковими у будь-якій країні. Схожість може бути звуковою (фонетичною), графічною (візуальною), смисловою (семантичною)¹.

Фонетична схожість визначається на підставі таких ознак: наявність і розташування близьких звуків і звукових сполучень у порівнюваних позначеннях; наявність бук-

восполучень та їх розташування, що збігаються; кількість сполучень звуків; місце сполучень звуків, які збігаються у складі зазначення; близькість складу голосних і приголосних; наголос, смислове значення. *Графічна схожість* встановлюється на підставі загальних елементів зовнішнього вигляду: зовнішня форма позначення; вид шрифту зображення; графічний, характерний напис букв; розташування букв відносно одна одної; колір чи поєднання кольорів і відтінків. *Смислова схожість* визначається з урахуванням таких факторів: форма, вимова та значення усного перекладу, територія і сфера використання; схожість чи протилежність закладених у зазначення понять, назв географічних об'єктів. Є й інші фактори, але вирішальним є загальне сприйняття пересічним споживачем товарів, які марковані географічним зазначенням. Коли йдеться про товари масового вжитку, пересічний споживач звертає менше уваги на індивідуальні елементи географічного зазначення. Оскільки два зазначення, як правило, не будуть споживачами розглядатися детально, при порівнянні ознаки схожості будуть вирішальними. Схожість маркованих географічним зазначенням товарів визначається споживачем як такі товари, що походять із однієї географічної місцевості. При цьому не обов'язково, щоб такі товари були однорідними чи подібними.

Оцінку схожості позначень необхідно встановлювати при послідовному, бажано віддаленому в часі порівнянні схожих зазначень. Не повинно допускатися знаходження одночасно двох позначень, що порівнюються, при проведенні експертизи, оскільки споживач зазвичай не має перед очима одночасно виробу з оригінальним і схожим кваліфікованим зазначенням походження товару та, як правило, змушений керуватися нечіткими загальними спогадами про одного з них. У свідомості споживача залишаються домінуючі елементи зазначення. З огляду на це, можна сформулювати ще один оціночний критерій: схожість має місце, якщо порівнювані зазначення не відрізняються одне від одного в основних, домінуючих елементах, тобто відсутнє істотне розходження між ними, що впадало б в очі та могло бути сприйняте пересічним споживачем. Отже, при вирішенні питання про схожість різниця в деталях або елементах позначень не повинна відігравати визначальну роль.

Подібність до ступеня змішування спірного зазначення можна визначити так, що позначення, яке використовується, зовні має окремі відмінності, але схоже з кваліфікованим зазначенням походження товарів до такого ступеня, що здатне викликати ототожнення з оригінальним зазначенням у сприй-

¹Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М., 2000. – 752 с.

нятті потенційних споживачів. Оцінка такої схожості є дуже складним процесом. Оскільки вирішення питання новизни кваліфікованого зазначення походження товарів потребує спеціальних знань (не тільки у сфері права інтелектуальної власності), займатись оцінкою схожості повинні тільки експерти-фахівці.

Відповідно до ст. 22.2 Угоди ТРІПС (пункти «а», «б») країни-учасниці повинні запобігати використанню зазначень, які вводять в оману, вказуючи або викликаючи припущення про те, що даний товар походить із географічного району відмінного від дійсного місця походження. Використання географічного зазначення для товарів або послуг, що не походять із відповідного району, може призвести до введення в оману і, тим самим, до обману споживачів. Таке використання може стати підставою для протизаконного присвоєння хорошої репутації особи, яка має право використовувати географічне зазначення.

Введення в оману можна визначити як створення помилкового враження про дійсне місце походження товару або особливі властивості товару, що винятково чи в основному можуть бути зумовлені його географічним походженням. Введення в оману може призвести до серйозних наслідків: споживач, ґрунтуючись на неправильній інформації, може зазнати фінансових (або навіть серйозніших) збитків. Загальновизнано, що поняття «введення в оману» не обмежується свідомо помилковими заявами або твердженнями, які можуть створити помилкове враження у споживача. Досить того, що географічне зазначення здатне ввести в оману.

Для визнання зазначення оманливим чи таким, що вводить в оману, не обов'язково, щоб особливі властивості чи характеристики товару були поганої якості, достатньо того, що зазначення має привабливу силу для споживача. Так, якщо споживачі віддають перевагу товарам місцевого виробництва, заява про те, що продукт, який імпортується, є місцевим, кваліфікується як такий, що вводить в оману, навіть якщо імпортні товари мають вищу якість. Фактично метою таких дій є неправомірне використання досягнень (репутації, популярності зазначення, комерційного успіху продукту або технічного досягнення) іншої особи, визнаних споживачами й іншими сторонами, що беруть участь в операціях на ринку (торговцями, комерсантами, постачальниками), у власних комерційних цілях. Унаслідок тривалого використання

географічне зазначення стає носієм інформації про ділову репутацію підприємця, якість чи інші характеристики його товарів (послуг). Все це допомагає споживачу здійснити вибір конкретного товару, послуги або відмовитися від їх придбання.

Досягнута володільцем зазначення хороша репутація має досить високу ціну. Тому така ділова репутація може легко стати об'єктом протиправних дій з боку інших осіб для того, щоб скористатися чи негативно вплинути на неї.

Вчинення дій, унаслідок яких відбувається змішування з діяльністю іншого підприємця або введення в оману споживачів щодо дійсного місця походження товару, є основним засобом неправомірного використання ділової репутації.

Висновки

Національна система охорони та захисту прав на об'єкти інтелектуальної, творчої діяльності не є досконалою, але вона постійно змінюється й удосконалюється на законодавчому рівні. Останніми роками зроблено декілька спроб щодо внесення змін до чинних законів чи прийняття нових. Однією з них була пропозиція, що стосувалася прийняття Кодексу України про інтелектуальну власність (законопроект № 5620 від 07.06.2004 р.). Проте ідея не була підтримана народними депутатами.

Міністерство освіти і науки України за дорученням Кабінету Міністрів України у рамках Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу розробило й опублікувало проект Закону України «Про внесення змін до законодавства України з питань інтелектуальної власності». Так, цим законопроектом передбачалося приведення у відповідність положень профільних законів із положеннями Цивільного та Господарського кодексів, а також виклад у новій редакції Закону України «Про охорону прав на знак для товарів і послуг» із зміненою назвою – Закон України «Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування». Це сприятиме подальшому вдосконаленню відносин, пов'язаних із виникненням, набуттям, здійсненням і захистом права на об'єкти інтелектуальної творчої діяльності, у тому числі на географічні зазначення. Але пройшло майже п'ять років, а зазначений законопроект так і не був розглянутий.

In the scientific article lacks and blank of the current legislation of Ukraine concerning definition of action which contain signs of wrongful use of the qualified instructions of an origin of the goods are investigated.

В статье исследуются недостатки и пробелы действующего законодательства Украины относительно определения действий, которые содержат признаки неправомерного использования квалифицированного указания происхождения товаров.



ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ, УКЛАДЕНОГО ЗА УЧАСТЮ ВІЙСЬКОВОЇ ЧАСТИНИ

Богдан Магідін,

*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України*



Стаття присвячена деяким обмеженням, встановленим законодавством України щодо свободи договору для суб'єкта цивільного права – військової частини Збройних Сил України.

Ключові слова: межі свободи цивільного договору, військова частина, Бюджетний кодекс України, господарська діяльність, умови договору, форма договору.

Сучасне цивільне законодавство не лише розділило суб'єктів цивільного права на фізичних та юридичних осіб, а й розмежувало останніх на юридичних осіб приватного і публічного права.

Цивільний кодекс (далі – ЦК) України 2003 р. більшою мірою визначив цивільно-правовий статус юридичних осіб приватного права, залишивши юридичних осіб публічного права на розгляд інших галузей права, які, як стверджує ряд науковців, теж визначають та регулюють правове становище юридичних осіб публічного права [1, с. 3; 2].

Метою цієї статті є визначення встановлених спеціальним законодавством меж свободи цивільно-правового договору за участю військової частини.

Оскільки встановлення та регулювання цивільних відносин юридичних осіб публічного права, здійснюється переважно нормами інших ніж цивільне, галузей права, це призводить до складностей в їх регулюванні [1, с. 3] та часто стає наслідком недотримання сторонами визначених законодавством обмежень і неналежного виконання або невиконання договору за визначеними сторонами умовами (строк виконання, порядок та розмір оплати, обсяг продукції, робіт, послуг тощо).

Питанням статусу військових частин як суб'єктів цивільного права присвячена дисертація В. Кіселя [3]. Питання свободи договору та її обмеження висвітлені в наукових роботах В. Горєва [2], А. Беляєвої [4], А. Луць [5]. Окремі питання принципу свободи договору розглядалися в працях С. Барвено, Т. Боднар, А. Довгерта, В. Кіселя, В. Коссака, Н. Кузнецової, В. Луця, В. Мусіяки, С. Погрібного, З. Ромовської, Н. Саніахметової, М. Сабільова, А. Статівки, Я. Шевченко та інших вітчизняних цивілістів.

Визначення поняття договору в різні історичні епохи мало свої особливості трактування залежно від загальних умов розвитку суспільства. За часів виникнення приватного права у стародавньому Римі під договором (contractus) розумілась «...угода двох або кількох осіб про здійснення певної правової дії або про утримання від здійснення певної дії» [6, с. 373].

Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України «договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Деякими науковцями договір розглядається не як «домовленість», а як «правочин» або «юридичний акт», укладений у «визначеній законом формі» [7].

Сучасна наука цивільного права розглядає свободу договору як перевагу договору щодо закону, і тільки у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являються імперативні норми [8, с. 23]. Як слушно зазначає В. Горєв, у деяких випадках межі свободи договору досягаються шляхом не лише заборони та зобов'язань, а надання правового дозволу [2].

На думку А. Луць, окрім визначеної ст. 627 ЦК України свободи в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, загальними засадами принципу свободи договору також є: волевиявлення особи на вступ у цивільні правовідносини; вибір форми договору; право на укладання договорів, які законом не передбачені, але йому не суперечать; право за згодою сторін на зміну, розірвання або продовження дії укладеного договору; право на встановлення способів забезпечення виконання договору та форм відповідальності у разі його порушення [5]. С. Барвено пропонує викласти ст. 627 ЦК України у такій редакції: «Сто-

рони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ст. 6 та вимог інших статей цього Кодексу, інших актів законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості» [9].

Цивільне право передбачає дві форми регулювання договірних цивільних відносин і меж здійснення суб'єктивних прав, які, у свою чергу, впливають на свободу договору: саморегулювання (договірну) та державне регулювання (законодавчу) [10, с. 116].

Військові частини Збройних Сил України, які вступають у цивільні правовідносини, є юридичними особами публічного права, право яких на вступ у цивільні правовідносини встановлено статтями 81–82 ЦК України, хоч на даний час жодним законом це не передбачено, і військові частини до Єдиного реєстру юридичних осіб не внесені. Таким чином, незважаючи на те, що військові частини беруть активну участь у цивільних правовідносинах (у тому числі в договірних відносинах), відсутність такої формальної ознаки, як державна реєстрація, ставить під сумнів належність військової частини до суб'єктів цивільного права. Тому слід внести доповнення до чинного законодавства та передбачити державну реєстрацію військових частин саме як юридичних осіб. Як зазначає Т. Блащук, «державна реєстрація – остання стадія, що завершує процес створення юридичної особи, яка до цього існувала фактично, а з моменту державної реєстрації виникає юридично» [1, с. 15].

Договірні відносини за участю військової частини можна класифікувати за видом прав та обов'язків сторін зобов'язання на два типи:

- бюджетні зобов'язання, виникнення яких врегульовано Бюджетним кодексом України;
- зобов'язання, які виникають під час здійснення військовою частиною господарської діяльності, право на яку встановлено ст. 414 Господарського кодексу (далі – ГК) України та Законом України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» від 21.09.1999 р.

При здійсненні господарської діяльності військові частини більш вільні у застосуванні принципу свободи договору. Це проявляється у волевиявленні військової частини на вступ у цивільні договірні відносини, виборі контрагента, визначенні деяких умов договору, праві на зміну, продовження та розірвання договору за погодженням з контрагентом, праві на визначення грошового розміру відповідальності у разі настання несприятливих умов, оскільки ні Законом України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», ні іншими нормативно-

правовими актами якихось обмежень не встановлено. Але при здійсненні господарської діяльності військової частини обмежені у визначенні такої істотної умови договору, як предмет договору, оскільки відповідно до ст. 3 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» перелік дозволених видів діяльності має відповідати Переліку видів господарської діяльності, здійснення яких дозволяється військовим частинам відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 25.07.2000 р. № 1171. За цим переліком військовим частинам дозволялося здійснювати близько 167 видів господарської діяльності. Військові частини не мають права вступати у цивільні правовідносини за видом діяльності, яка не передбачена у переліку та дозвіл на які не отримано від управління Міністерства оборони України. В іншому випадку, підтвердження чому є постанова Вищого господарського суду України від 27.08.2009 р. по справі 50/139: такий договір буде недійсним відповідно до вимог ч. 1 ст. 203, ст. 215 ЦК України. Таким чином, йдеться про обмеження військової частини шляхом не заборони, а надання конкретного правового дозволу на здійснення певного виду господарської діяльності, межі якого військові частини перетинати не можуть. Ці вимоги породжують певні обмеження на укладання військовою частиною договорів, не передбачених законодавством. Здебільшого військові частини укладають договори на виконання підрядних робіт, надання послуг, оренди, перевезення, зберігання тощо, які відповідають загальним дозволенным видам господарської діяльності для суб'єктів господарювання. Єдине, що можуть собі дозволити військові частини, – це укладання змішаних договорів за комплексними видами діяльності, яка їм дозволена.

Під обмеження підпадають і умови договору щодо забезпечення військової частини сировиною та матеріалами для здійснення господарської діяльності. Ці ресурси мають постачатися виключно контрагентом – замовником. В іншому випадку матиме місце факт нецільового використання майна. Так, пальне, яке військова частина має в наявності для перевезення особового складу, не може витрачатися для перевезення вантажу за замовленням комерційної організації.

Закон України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» не забороняє військовим частинам здійснювати господарську діяльність без отримання передоплати, але відповідно до п. 5.1 Інструкції про організацію та планування перевезень вантажів і пасажирів автомобільним транспортом у Збройних Силах України, затвердженої наказом Міністра оборони України від

25.11.1996 р. № 354 (zareєстрована в Міністерстві юстиції України 27.12.1996 р. за № 751/1776), перевезення вантажів і пасажирів здійснюється на умовах попередньої оплати вартості перевезень, а це зумовлює включення попередньої оплати до істотних умов договору. Слід було б надати військовим частинам право самостійно приймати рішення з питань передоплати за погодженням з контрагентом. У більшості випадків визначити обсяг виконаних транспортних або вантажно-розвантажувальних робіт можна лише за фактом виконання робіт, а не перед їх виконанням.

Відповідно до ст. 15 Закону України «Про Збройні Сили України» від 06.12.1991 р. № 1934-ХІІ фінансування військових частин здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України, механізм виконання якого регулюється Бюджетним кодексом України та іншими актами фінансового й адміністративного права.

Вступ суб'єкта у цивільні правовідносини має відповідати його внутрішній волі; ніхто не має права втручатися та впливати на суб'єкта при прийнятті ним рішення про вступ у цивільні правовідносини. Однак ст. 648 ЦК України передбачено, що зміст договору, який укладений на підставі акта органів державної влади, обов'язкового для цих сторін, має відповідати цьому акту. Одним із таких актів є постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 17.10.2008 р. № 921, яка зобов'язує військову частину укласти договір лише з переможцем.

При укладанні договору, за яким оплата робіт, товарів чи послуг здійснюється за рахунок бюджетних коштів, виникає «бюджетне зобов'язання», що відповідно до п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 3, п. 1 ст. 23, ст. 51 Бюджетного кодексу України можна здійснювати лише за наявності відповідних бюджетних призначень, протягом бюджетного періоду або у майбутньому, на визначену суму бюджетних асигнувань і то лише згідно з відповідною програмою, з оплатою після виконання договору, без здійснення передоплати.

Отже, з урахуванням зазначених вимог бюджетного законодавства, предмет договору має цілком відповідати бюджетній програмі та бюджетному призначенню, строк виконання договору – бюджетному періоду (календарний рік), сума договору – обсягу бюджетних асигнувань. Крім того, як вказано у п. 21 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. № 668, у разі коли роботи (будівництво

об'єкта) фінансується із залученням державних коштів, договірна ціна визначається відповідно до вимог нормативних документів у сфері ціноутворення у будівництві тобто відповідно до цін, визначених державою. Що стосується здійснення оплати за виконання договору, то військова частина, як будь-яка інша бюджетна установа, за загальним правилом, має розрахуватися лише після виконання зобов'язань контрагентом. Винятком є договори підряду, при яких дозволяється надавати аванс у розмірі 30 % суми договору.

Заборона здійснювати передоплату негативно впливає на вступ військової частини у договірні відносини, оскільки не завжди контрагенти мають бажання та можливість приступити до виконання договору без здійснення передоплати і відмовляють військовим частинам в укладанні договору.

Більш «жорсткі» умови договору застосовуються при укладенні договору за результатами процедури закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти (тендер), що мають відповідати умовам пропозиції переможця тендера, з яким укладеється договір. Також слід враховувати, що оскільки фінансування військової частини здійснюється поетапно, то і порядок розрахунків за товар, послуги та роботи з боку військової частини має відповідати плану фінансування з бюджету.

Існують певні обмеження, які однаково притаманні як для договорів військових частин при здійсненні ними господарської діяльності, так і для договорів, що породжують бюджетне зобов'язання, щодо форми договору та договірної відповідальності.

Як передбачено ч. 1 ст. 639 ЦК України, договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України існують дві форми правочинів – письмова або усна. При здійсненні господарської діяльності військовою частиною може бути укладений як письмовий, так і усний договір, без подальшого визнання його недійсним, якщо даний договір не підлягає державній реєстрації або нотаріальному посвідченню [7]. Але при укладенні договору, в результаті якого виникає бюджетне зобов'язання, на практиці без письмової форми не обійтися (за недотримання письмової форми договору зобов'язання не буде зареєстроване казначейством, що призведе до несплати військовою частиною взятого на себе зобов'язання).

У вирішенні питання про відповідальність військової частини сторони не обмежені у визначенні умов щодо її настання та розмірів. Потрібно лише пам'ятати, що цивільно-правова відповідальність завжди майнова

[11, с. 241], але майно військової частини є власністю держави та відповідно до ст. 3 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» від 21.09.1999 р. № 1075-XIV та абзацу 3 ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» знаходиться у військовій частині на праві оперативного управління, і не може бути предметом стягнення за зобов'язаннями військової частини. Єдиним предметом задоволення кредитора за зобов'язаннями військової частини є кошти, що знаходяться на її казначейському рахунку в разі недостатності яких, відповідно до ст. 5 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», субсидіарну відповідальність має нести Міністерство оборони України. Але, оскільки, як вказано у преамбулі та ст. 5 вказаного Закону, цей Закон регулює правові засади здійснення господарської діяльності та відповідальності військової частини як суб'єкта господарювання, що ставить під сумнів застосування субсидіарної відповідальності Міністерства оборони України за бюджетними зобов'язаннями військової частини. Тому ст. 15 Закону України «Про Збройні Сили України» від 06.12.1991 р. № 1934-XII слід доповнити нормою, яка б передбачала субсидіарну відповідальність Міністерства оборони України за всіма зобов'язаннями утвореного нею суб'єкта – військової частини у разі недостатності коштів на казначейському рахунку.

This article tells us about some restrictions which were adopted by the law of Ukraine concerning the free agreements as to the subject of the civil law – the military unit of the Military forces of Ukraine.

Стаття посвящена некоторым ограничениям, которые установлены законодательством Украины относительно свободы договора для субъекта гражданского права – воинской части Вооруженных Сил Украины.

Література

1. Блащук Т. В. Особливості участі юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах. – К.; Острог, 2008. – 15 с.
2. Горев В. І. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007.
3. Кісель В. Й. Військові частини як суб'єкти цивільного права: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 208 с.
4. Беляєва А. П. Принципи свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2005.
5. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001.
6. Підпригора О. А., Харитонова Є. О. Римське право. – К., 2009. – 528 с.
7. Барвено С. М. Проблеми договірних прав України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006.
8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2008 – Т. 1. – 832 с.
9. Барвено С. М. Загальні засади принципу свободи в договірному праві України // Науковий вісник Чернівецького університету. Вип. 286: Правознавство. – Чернівці, 2005. – С. 67–70.
10. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України. – К., 2009. – 304 с.
11. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб. – К., 2007. – 432 с.



ПРОБЛЕМИ ІНСТИТУТУ СУДОВИХ ВИКЛИКІВ І ПОВІДОМЛЕНЬ, ЩО ЛЕЖАТЬ У СФЕРІ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЇХ ЗМІСТУ В НОРМАХ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Тетяна Косарева,

*здобувачка Донецького юридичного інституту
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка*

У статті досліджуються проблеми інституту судових викликів і повідомлень, що лежать у сфері процесуального закріплення їх змісту в нормах Цивільного процесуального кодексу України, розкриваються як позитивні, так і негативні сторони судових викликів.

Ключові слова: судові виклики і повідомлення, цивільне судочинство, організаційна процедура, судова повістка.

Оперативність розгляду цивільних справ у судах України є одним із ключових завдань цивільного судочинства, бо саме за даними оперативності розгляду справ оцінюється ефективність судової системи [1, с. 169]. Разом із тим оперативність розгляду справ не виникає сама собою, вона зумовлена наявністю спеціальних процесуальних норм, що регулюють її початок. Такий початок пов'язаний із надходженням позову до суду й оформленням і відправленням судових викликів і повідомлень особам, які мають відношення до даного позову. У цьому зв'язку суд, як основний суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин, повинен забезпечити не лише законність судових викликів і повідомлень, а й їх реалізацію.

Безумовно, процесуальні основи щодо інституту судових викликів і повідомлень, його форм, елементів, їх правозастосування, процесуальних наслідків тощо приймає законодавець. Він виходить із існуючих реалій, які існують на сьогодні та втілює ці реалії в законодавчі норми, виявляючи таким чином свою законодавчу владу. Тому, на нашу думку, вивчення проблем інституту судових викликів і повідомлень, що лежать у сфері процесуального закріплення їх змісту в нормах Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України є досить актуальним. Аналізу цього явища присвячені роботи О. Рожнова, В. Тertiшнікова, В. Онопенка, Ю. Білоусова та інших учених.

|| **Метою цієї статті** є узагальнення існуючого стану наукового розроблення та вивчення

|| проблем інституту судових викликів і повідомлень, що лежать у сфері процесуального закріплення їх змісту в нормах ЦПК України.

Вважаємо, що суть проблеми полягає в доволі поверховому нормативному закріпленні тих форм і методів, які регламентують інститут судових викликів і повідомлень. Так, згідно із частинами 1 та 2 ст. 74 ЦПК України судові виклики здійснюються судовими повістками про виклик, а судові повідомлення – судовими повістками-повідомленнями [2, с. 165].

На думку Ю. Білоусова, *судове повідомлення* має інформативний характер, тобто є інформуванням осіб, які беруть участь у справі, про вчинення процесуальних дій, в яких участь цих осіб не є обов'язковою. Повідомляються, як правило, сторони й інші особи, які беруть участь у справі, адже їх явка до суду – це їх право, а не обов'язок. *Судовий виклик* – це вимога з'явитися до суду, що адресується тим учасникам цивільного процесу, які зобов'язані з'явитися. Ця вимога стосується свідків та інших осіб, які сприяють здійсненню правосуддя [3, с. 154].

Враховуючи той факт, що початок кожного судового процесу, у тому числі з розгляду цивільних справ, пов'язаний, перш за все, із вчасним направленням і отриманням усіма учасниками цивільного процесу судових викликів і повідомлень для явки в судовий процес у зазначений час. Вважаємо, що організаційна процедура повинна бути докладно деталізована відповідно до правил і положень, які регулюють процедуру судових викликів і повідомлень.

Судова практика свідчить, що наявність загальних нормативних формулювань у цивільному процесуальному праві, з точки зору не лише інституту судових викликів і повідомлень, а й інших інститутів і принципів), є тим джерелом, яке породжує самоуправство з боку суду та зловживання з боку осіб, які беруть участь у судових засіданнях. Іншими словами, *інститут судових викликів і повідомлень* за своїм фактичним складом – це доволі складний судовий інструмент, в якому з одного боку є суд як ініціатор викликів і повідомлень, який діє на підставі процесуального закону та справи, яка надійшла до суду, а з іншого – особа, яка викликається до суду в статусі однієї із сторін, третьої особи, заявника, представника, свідка чи експерта. Отже, інститут судових викликів і повідомлень має як прямий, так і зворотній зв'язок. У прямому зв'язку відбувається дія суду щодо оформлення судових викликів, якими є судові повістки та судові повідомлення, доставка й їх вручення, а у зворотному напрямі є дія особи, яка повинна з'явитися в судові засідання за викликом суду. Разом із тим суд лише оформляє судові виклики та повідомлення, але не вручає їх адресату. Такі дії від імені суду виконує пошта як повірена юридична особа відповідно до Закону України «Про поштовий зв'язок».

Відомо, що правочин, вчинений повіреною особою (поштою), створює цивільні права для довірителя (суду) (ч. 1 ст. 1000 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України), внаслідок якого повірений зобов'язаний повідомити довірителя (суд) на його вимогу (поштове повідомлення) про виконання доручення та всі відомості про хід виконання такого доручення – повернення поштового повідомлення суду з розпискою особи, яка викликається, датою отримання (ч. 1 ст. 1006 ЦК України). Таким чином, всі дії щодо доставки та вручення судових викликів і повідомлень – регулюються матеріальним законом, а щодо суб'єктів, яким можуть бути направлені судові повістки про виклики до суду, – процесуальними нормами. Зокрема, у ч. 3 ст. 74 ЦПК України зазначається, що судові повістки про виклик до суду надсилаються особам, які беруть участь у справі, свідкам, експертам, спеціалістам, перекладачам, а судові повістки-повідомлення – особам, які беруть участь у справі з приводу вчинення процесуальних дій, у яких участь цих осіб не є обов'язковою. При цьому, в ч. 5 ст. 74 ЦПК вказано, що судові повістки разом із розпискою, а у випадках, передбачених ЦПК, разом з копіями відповідних документів надсилаються поштою чи рекомендованим листом із повідомленням або через кур'єрів за адресою, зазначеною стороною чи іншою осо-

бою, яка бере участь у справі. Крім того, зважаючи на зміни, внесені згідно із Законом України від 11.05.2010 р. № 2167-VI у ч. 4 ст. 74 ЦПК України, судова повістка про виклик повинна бути вручена з таким розрахунком, щоб особи, які викликаються, мали достатньо часу для явки в суд і підготовки до участі в судовому розгляді справи, але не пізніше ніж за сім днів до судового засідання, а судова повістка-повідомлення – завчасно. Положення цієї частини не поширюються на випадки, передбачені абзацом 2 ч. 3 ст. 191 ЦПК, тобто учасників цивільного процесу, які не з'явилися або яких суд залучає вперше до участі в процесі, викликають у судові засідання на призначений день.

Судова повістка про виклик до суду повинна містити:

- ім'я фізичної особи чи найменування юридичної особи, якій адресується повістка;
- найменування й адресу суду;
- зазначення місця, дня та часу явки за викликом;
- назву справи, за якою робиться виклик;
- зазначення, в якості кого викликається особа (як позивач, відповідач, третя особа, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач);
- зазначення, чи викликається особа в судові засідання чи у попереднє судові засідання, а у разі повторного виклику сторони у зв'язку з необхідністю дати особисті пояснення – про потребу дати особисті пояснення;
- у разі необхідності – пропозицію особі, яка бере участь у справі, подати всі раніше неподані докази;
- зазначення обов'язку особи, яка одержала судову повістку в зв'язку з відсутністю адресата, за першої можливості вручити її адресату;
- роз'яснення про наслідки неявки залежно від процесуального статусу особи, яка викликається (накладення штрафу, примусовий привід, розгляд справи за відсутності, залишення заяви без розгляду), і про обов'язок повідомити суд про причини неявки (ч. 1 ст. 75 ЦПК України).

Викладене свідчить, що судові повістки є спеціалізованими процесуальними документами, які стосуються організації судочинства та характеризуються наявністю спеціальної інформації, яку суд як організатор судового процесу зобов'язаний довести до відома сторін, третіх осіб, їх представників, свідків та ін. Разом із тим це є розпорядженням суду, що підлягає обов'язковому виконанню і не підлягає оскарженню, тобто судові повістки наділені імперативністю і не наділяються властивостями, які дають підставу для їх обговорення чи полеміки щодо їх виконання чи не виконання або оскарження. При цьому судові повістки є індивідуалізованими докумен-

тами, бо вони пов'язуються з викликами лише конкретної особи і не можуть вважатися адресованими необмеженому колу осіб. Отже, вони стосуються лише тієї особи, якій вони адресовані, визначаючи при цьому її процесуальний статус.

Судові повістки мають властивість не лише процесуальних документів чи носіїв спеціальної інформації. Вони є звітно-грошовими документами. Так, свідки, отримавши судові повістки, в обов'язковому порядку, повинні з'явитися в судове засідання, а після його закінчення, отримавши відмітку в суді про час перебування в судовому засіданні, надати судову повістку роботодавцю як документ, який засвідчує, що особа в робочий час не скоїла прогулу, й є підставою для оплати їй середнього заробітку.

Судова повістка є процесуальним документом, оскільки саме вона містить процесуальні питання, що доводяться до відома сторін, третіх осіб, їх представників, свідків і стосуються місця, дати та часу розгляду цивільних справ. Крім того, судова повістка є письмовим доказом. Так, відповідно до ч. 1 ст. 224 ЦПК України у разі неявки в судове засідання відповідача, який належним чином повідомлений і від якого не надійшло повідомлення про причини неявки, або якщо зазначені ним причини не визнані поважними, суд може ухвалити заочне рішення на підставі наявних у справі доказів, якщо позивач не заперечує проти такого вирішення справи. Разом із тим суд відкладає розгляд справи в межах строків, встановлених ст. 157 ЦПК України, у разі першої неявки без поважних причин належним чином повідомленого позивача в судове засідання або неповідомлення ним про причини неявки, якщо від нього не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності (п. 3 ч. 1 ст. 169 ЦПК України). У разі повторної неявки в судове засідання позивача, повідомленого належним чином, без поважної причини або неповідомлення ним про причину повторної неявки, якщо від нього не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності, суд залишає заяву без розгляду (ч. 3 ст. 169 ЦПК України).

Судова практика свідчить, що судова повістка – це письмовий доказ, який є ключовим у даному випадку для розгляду справи по суті чи підстав щодо відкладення справи, чи ухвалення заочного рішення. Вона також відіграє роль супровідного документа, бо відповідно до ч. 5 ст. 74 ЦПК України судова повістка надсилається разом із копіями відповідних документів, які є додатками до позовної заяви, а також позовною заявою разом з ухвалою про відкриття провадження у справі, поштою рекомендованим листом із повідомленням.

Крім того, судові повістки характеризуються такими позитивними моментами. Наприклад, вони сприяють збереженню процесуальної інформації як першооснови впродовж певного часу у незмінному вигляді; за допомогою судових повісток особи, які викликаються до суду заздалегідь (не пізніше ніж за сім днів до судового засідання) (ч. 4 ст. 74 ЦПК України), мають можливість не лише підготуватися до участі в судовому розгляді справи, а й вирішити всі організаційні моменти, пов'язані із вчасною явкою до суду, врегулюванням питань трудових відносин, можливостей приїзду до суду, уточненням місця знаходження суду на місцевості тощо.

Разом із тим така форма судових викликів має і негативні сторони. Це передусім відсутність оперативності викликів; неможливість оперативного внесення до них уточнень; можливість пропажі судових повісток у ході їх пересилки тощо. З урахуванням зазначених обставин, можемо стверджувати, що судові повістки характеризуються як:

- процесуальні документи, наділені імперативністю;
- вони є носіями спеціальної інформації;
- вони є письмовими доказами;
- вони є звітно-грошовими документами;
- вони є супровідними документами.

Так склалося, що на сьогодні вся відповідальність за вчасне направлення й отримання судових викликів і повідомлень усіма суб'єктами цивільного процесу лежить безпосередньо на судді. Саме суддя як організатор судового процесу зобов'язаний вчасно направити кожній особі виклик до суду. Якщо сторони, треті особи, їх представники, свідки (як з одного боку, так і другого) не з'явилися до суду, то вважається, що в цьому є вина суду.

Відомо, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін (ч. 1 ст. 10 ЦПК України). Якщо ж цивільний процес є змагальним і сторони при цьому мають рівні права щодо подання доказів, а покази свідків є одним із засобів доказування, то чи слід покладати обов'язок щодо виклику свідків як носіїв доказової інформації тільки на суд. Якщо розглядати такі виклики як спосіб забезпечення доказів, а офіційний виклик свідка до суду можна розцінювати як забезпечення доказів позивача чи відповідача, то чи не є це підміною судом обов'язку сторін представляти докази? На нашу думку, суд у даному випадку втручається в процес доказування. Суд відповідно до ч. 4 ст. 10 ЦПК України лише сприяє особі щодо здійснення прав, встановлених ЦПК. Він може викликати свідка в судове засідання для його допиту по цивільній справі за своєю ініціативою лише тоді, коли особи, які беруть участь у справі, вважають, що надання тих чи інших доказів є

неможливим або у них є складнощі в поданні цих доказів; лише в такому випадку сторони мають право заявляти клопотання про допит свідків і суд відповідно до ст. 94 ЦПК України може здійснити не лише виклик, а й привід свідка в судове засідання. Таким чином, одним із способів забезпечення судом доказів є допит свідків (ч. 2 ст. 133 ЦПК України). Виходячи із такої позиції суд не може здійснювати виклики свідків навіть при тому, що позивачі, як правило, зазначають у резолютивній частині позову клопотання до суду про виклик їх свідків судом. Такі клопотання не ґрунтуються на нормах процесуального закону, бо всі клопотання, у тому числі про виклик свідків, повинні бути озвучені в рамках процесуальної форми і таким самим чином розглянуті судом в її межах. У зв'язку з цим сторони повинні забезпечити явку до суду своїх свідків і в судовому засіданні заявити клопотання (ч. 1 ст. 27 ЦПК України) про їх допит.

Таким чином, ми вважаємо, що обов'язок виклику до суду зазначеної категорії осіб має лежати на сторонах. Саме сторони повинні шляхом запрошень свідків у судові засідання забезпечити їх явку і лише в разі неявки свідка, який володіє відносною інформацією щодо предмета спору, з суб'єктивних причин, суд з метою забезпечення доказів може здійснити його примусовий привід у судове засідання. Така побудова в цій частині судового процесу сприятиме більшій незалежності суду від процесу доказування, який лежить на сторонах, посилить змагальну процедуру судових процесів. В цій частині І. Бен-там зазначав, що обов'язок судді полягає в прийнятті доказів з тієї чи іншої сторони, порівнянні їх та постановленні рішення на основі їх відносної сили [4, с. 2]. Вважаємо, що ч. 4 ст. 10 ЦПК України доцільно викласти у такій редакції: «Суд сприяє здійсненню процесуальних прав сторін, третіх осіб, їх представників лише у випадку надання доказів останніми про неможливість з тих чи

інших причин надати докази суду». У зв'язку з цим частини 2 та 3 ст. 50 ЦПК України можна викласти у такій редакції: ч. 2: «Свідок на запрошення сторони, третьої особи, заявника, їх представників зобов'язаний з'явитися у судове засідання та дати правдиві показання про відомі йому обставини; ч. 3: «У разі неможливості прибуття в судове засідання свідок повинен завчасно повідомити про це суд та особу, яка здійснила таке запрошення».

Ми вважаємо, що суд не повинен здійснювати виклики свідків. Сторони не повинні перекладати свої обов'язки по доказуванню на суд. Це стосується і представників сторін. Якщо вони одночасно із сторонами ведуть справу, то обов'язок щодо повідомлення своїх представників про час і місце розгляду справи має покладатися на сторони, а не на суд як це має місце сьогодні (ч. 3 ст. 74 ЦПК України). Разом із тим, коли справу веде представник, участь якого у справі є обов'язковою, повідомлення представника про час і місце розгляду справи слід покладати на суд.

Зважаючи на викладене, можна зробити **висновок**, що судові повістки з процесуальної точки зору є документами досить багатограними за своєю суттю, а проблемні питання, що лежать у сфері процесуального закріплення їх змісту в нормах ЦПК України не є надуманим та потребують подальшого детального вивчення з метою вдосконалення цивільного судочинства в Україні.

Література

1. Рожнов О. В. Принцип оперативности в гражданском процессуальном праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 184 с.
2. Цивільний процес / М. М. Бородин, О. Г. Бортнік, О. В. Колісник, С. Г. Кузьменко та ін.; За ред. В. А. Кройтора. – Х., 2009. – 278 с.
3. Цивільний процес / А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук та ін.; За ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2005. – 293 с.
4. Бен-там І. Трактат о судебных доказательствах. – К., 1876. – 457 с.

The problems of institute of judicial calls and notifications were investigational in this article, lyings in the field of the judicial fixing of their maintenance in the norms of GPK of Ukraine, open up both positive and negative sides of judicial calls.

В статтє исследуются проблемы института судебных вызовов и извещений, лежащие в сфере процессуального закрепления их содержания в нормах Гражданского процессуального кодекса Украины, раскрываются как позитивные, так и негативные стороны судебных вызовов.



СПІВВІДНОШЕННЯ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ І ОЦІНОЧНИХ СУДЖЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Ірина Турчин-Кукаріна,

аспірантка Львівського національного університету ім. Івана Франка

У статті досліджується співвідношення феноменів «оціночне поняття», «цивільно-процесуальне оціночне поняття» й «оціночне судження».

Ключові слова: оціночне поняття, цивільно-процесуальне оціночне поняття, оціночне судження, цивільний процес.

У демократичному суспільстві законодавець, створюючи правову норму, відшукує межі грамотного, дозованого, адекватного нормативного втручання у соціальні процеси, адже правова норма не повинна виконувати роль безапеляційного догмата й обмежувача. Право як продукт суспільного розвитку є віддзеркаленням його динаміки, а як регулятор суспільних відносин – засобом окреслення перспектив. У цьому зв'язку для створення ефективних умов правозастосування важливо віднайти баланс у чіткості, лаконічності й однозначності текстуального оформлення правової норми, що значною мірою забезпечить від її недобросовісного тлумачення, та, з іншого боку, – у гнучкості правового регулювання, різноманітності й непередбачуваності настання чи ненастання певних життєвих ситуацій, а також практичну неможливість вичерпно передбачити у правовій нормі всі обставини її застосування, при її формулюванні, за необхідності, використовують оціночні поняття.

Враховуючи домінанту у вітчизняному законодавстві загально-дозвільного принципу правового регулювання, різноманітність і непередбачуваність настання чи ненастання певних життєвих ситуацій, а також практичну неможливість вичерпно передбачити у правовій нормі всі обставини її застосування, при її формулюванні, за необхідності, використовують оціночні поняття.

Дослідженням оціночних понять права займалися у різний час С. Алексєєв, М. Бару, С. Вільнянський, В. Жеребкін, Т. Кашаніна, В. Косович, Р. Нігмадінов, А. Огороднік, А. Черданцев та ін. Наукове розроблення особливостей правозастосовчої діяльності суду здійснювали Ю. Грошовий, Л. Корчевна, О. Піголкін, П. Рабінович, Л. Явич. Разом із тим дотепер даний аспект юридичної науки є відкритим для наукових дискусій, а цивільно-процесуальні оціночні поняття потребують проведення окремих досліджень.

Метою цієї статті є дослідження співвідношення феноменів «оціночне поняття», «цивільно-процесуальне оціночне поняття» й «оціночне судження», виявлення їх спільних ознак для диференціації.

Правові оціночні поняття, оформлені у писаному законі, застосовуються вже у кодексі царя Хаммурапі [1, с. 19]. Застосування у текстах нормативно-правових актів оціночних понять має своїх прихильників і опонентів. Ще Аристотель зазначав, що закон, очевидно, не може передбачити всі можливі випадки, але і людина не може їх передбачити; правильне законодавство має бути верховною владою, а посадові особи повинні мати вирішальне значення лише у тих випадках, коли закони не спроможні дати точну відповідь, оскільки нелегко взагалі дати цілком визначені настанови стосовно всіх окремих випадків [2, с. 481, 467].

Використання у законі лише неоціночних понять призведе до закритої, замкнутої логічної структури. Висловлюючи свою волю у формі неоціночних понять, законодавець тим самим створює умови для однозначності у праві, вважає В. Жеребкін [3, с. 132–133]. Деякі автори, наприклад, В. Ковальський, висловлювалися проти застосування широких оціночних понять при формулюванні правових приписів [4, с. 35]. Однак, факт наявності у Цивільному процесуальному кодексі (ЦПК) України більш як 130 оціночних понять права та їх широке, активне використання у нинішній юриспруденції ставить крапку в дебатах про доцільність їх існування у праві.

На нашу думку, кількісне співвідношення використовуваних у законі оціночних і неоціночних понять має зумовлюватися об'єктивними потребами законотворення. Оціночні поняття доцільно використовувати тоді, коли це є справді необхідним і виправданим.

З аналізу філософської літератури випливає, що оціночні поняття, як будь-які інші поняття, за своєю природою є формою мислення, яка відображає сутнісні ознаки явищ, поданих у їх визначеннях [5, с. 589]. Відомо, що текст правового акта має три складові: мовну, логічну та структурну. На етапі як законотворення, так і правозастосування оціночні поняття є нероздільним симбіозом мовної та логічної компонент. Оціночними ці поняття називають

вають через сталий зв'язок із системою суспільних цінностей (добро, зло, справедливе та несправедливе, розумне і нерозумне, правосудне та неправосудне тощо) та у зв'язку з потребою здійснювати складну оцінювальну діяльність у процесі їх застосування на практиці.

Вважаємо, що *оціночні поняття* є складною філософсько-правовою конструкцією, яка з метою створення можливостей для ситуативного й індивідуалізованого правозастосування формулюється у нормативно-правових актах шляхом визначення лише абстрактних ознак. *Цивільно-процесуальні оціночні поняття* – це оціночні поняття права, що використовуються при формулюванні регулятивних вимог законодавства щодо цивільного судочинства. Оціночні поняття і цивільно-процесуальні оціночні поняття співвідносяться як ціле і частина, родове та видове поняття.

Правовою категорією оціночне поняття, у тому числі цивільно-процесуальне, стає не з моменту його оформлення у системі цінностей законотворця та надання цьому абстрактному поняттю мовної оболонки, а лише після вступу в юридичну силу нормативно-правового акта, що містить правову норму, сформульовану засобом оціночного поняття права.

Поняття, у тому числі оціночне, є специфічною формою мислення. Оскільки мислення є процесом ідеальним, воно може дістати зовнішній вираз лише у системі умовних позначень – графічних, звукових та інших символах, за допомогою яких забезпечується зв'язок між поняттями та стає можливим проведення логічних операцій з ними, побудова складніших форм мислення – суджень та умовиводів. Отже, слово як мовна (синтаксична) одиниця слугує формою вираження оціночного поняття. Зміст оціночного поняття можна досягнути лише в результаті використання спеціальних логічних прийомів. Тому створення та застосування оціночного поняття як філософсько-правової конструкції неможливе у відриві від законів логіки. З одного боку, логіка відштовхується від реального мислення, але вона дає абстрактну його модель; з іншого – вдаючись до абстракції високого рівня, логіка не повинна відриватися від конкретних процесів судження [6, с. 11]. При здійсненні оцінки в процесі тлумачення цивільної процесуальної норми неможливо обійтися без використання логічних понять та оціночних суджень.

Деякі дослідники вважають, що оціночне судження повністю складається із оціночних понять і є складним оціночним поняттям. При цьому, даючи визначення оціночним судженням, автори посилаються на Закон України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ [7, с. 16]. Ми не поділяємо ці погляди, адже вважаємо, що отожднювати оціночні поняття й оціночні судження чи безумовно виражати їх співвідношення як ціле та час-

тину, а тим більше називати оціночне судження складним оціночним поняттям, не можна.

Як випливає із змісту ст. 47¹ Закону України «Про інформацію», *оціночними судженнями*, за винятком образи чи наклепу, є висловлювання, що не містять фактичних даних, зокрема критика, оцінка дій, а також висловлювання, які не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, з огляду на характер використання мовних засобів, зокрема вживання гіпербол, алегорій, сатири. Як бачимо, законодавець розглядає як оціночне судження виключно висловлювання. Для з'ясування значення деяких використаних у законі термінів звернімося до словника. Так, гіпербола – це стилістична фігура, в якій перебільшено певну ознаку, щоб посилити виразність мови; алегорія – це втілення у конкретному художньому образі абстрактного поняття; сатира – це різке осудливе висміювання негативного [8, с. 41, 200, 746]. Отже, застосування у оціночних судженнях гіпербол, алегорій, сатири не означає наявності у структурі оціночних суджень оціночних понять, що виражають ціннісне відношення.

Судження визначають і як форму мислення – активного процесу узагальнення й опосередкованого відображення явищ, процесів дійсності, їх зв'язків і вираження їх у системах понять [5, с. 583, 589]. Судження – це думка, яка висловлюється розповідним реченням та є істинною або хибною. Одне і те саме судження може бути висловлене різними реченнями однієї і тієї самої мови чи різних мов [9, с. 325]. Оціночне судження – це висловлювання, що визначає абсолютну чи відносну цінність певного об'єкта та дає йому оцінку. Оцінка є вираженням ціннісного відношення. У випадку ціннісного відношення вихідним пунктом є судження, яке є зразком, стандартом. Відповідність йому об'єкта характеризується в оціночних поняттях [9, с. 261].

Отже, на нашу думку, *слід розрізняти оціночне судження як висловлювання (в контексті Закону України «Про інформацію», тобто у контексті інформаційного права) та оціночне судження як форму мислення (інструмент, що застосовується в процесі тлумачення оціночного поняття)*. Тому ми маємо справу із двома розуміннями суджень. У першому випадку – як із зовнішнім актом – з оціночним судженням як із формою висловлення суб'єктивної думки, у другому – як із внутрішнім актом – з оціночним судженням як формою мислення (логічним поняттям, судженням, що застосовується у тому числі при тлумаченні оціночного поняття як аксіологічної категорії).

Судження як висловлювання і судження як форма мислення можуть бути оціночними і неоціночними.

Оціночні поняття й оціночні судження мають деякі спільні ознаки:

- використання слів як позначень, контурів, марок системи понять;

- наявність сталого зв'язку з індивідуальною психоемоційною діяльністю людини;
- зумовленість специфіки застосування рівнем інтелектуального розвитку людини;
- наявність діалектичного зв'язку з оцінювальною діяльністю людини й оцінками;
- неможливість, недоцільність і навіть неприйнятність абсолютної стандартизації й уніфікації;
- залежність від обставин об'єктивної дійсності: рівня розвитку суспільства, темпів соціального буття, складності конкретної цивільної справи, інших соціальних, економічних, політичних, культурних чинників.

Не погоджуючись із тезою, що оціночні судження складаються з оціночних понять, наведемо відмінні ознаки оціночних суджень і оціночних понять.

Оціночне судження – це або суб'єктивне усне чи письмове висловлювання, що містить довільні оцінки й виражає ставлення людини, або форма мислення, а оціночні поняття у праві є складною філософсько-правовою конструкцією, яка у тісному зв'язку із системою суспільних цінностей відображає результати судження абстрактного законодавця про належне і неналежне у поведінці суб'єктів права, зокрема суб'єктів цивільного процесу, та набуває обов'язкового характеру.

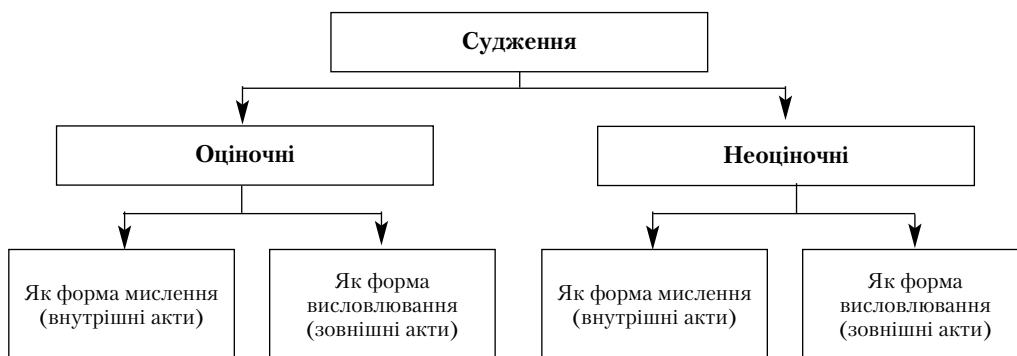
Оціночне судження як висловлювання, форма вираження, ставлення, не завжди стосується до оціночних понять. Такі оціночні судження випливають винятково із суб'єктивного сприйняття та тлумачення автором висловлювання певних подій чи обставин і є формою реалізації свободи думки та слова, права на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Оціночне судження як форма мислення у процесі тлумачення оціночного поняття завжди оперує оціночними поняттями та сприяє пошуку їх змісту.

Якщо оціночне судження як форма висловлення думки людини є способом реалізації суб'єктивного (приватного) права фізичної особи та стає відомим зазвичай вузькому колу осіб, то оціночні поняття підлягають тлумаченню законотворця (суб'єкта публічного права) і широкого, фактично невизначеного,

кола правозастосовувачів (суб'єктів публічного та приватного права).

Відповіддю на негативні оціночні судження в контексті інформаційного права може бути використання особою, якої стосувалися ці судження, права на відповідь, на власне тлумачення справи та висловлення власних суджень, але в жодному разі не притягнення висловлювача оціночних суджень до відповідальності. Невиконання вимог, сформульованих законодавцем за допомогою оціночних понять права, може призвести до обов'язку винної особи понести передбачену законом відповідальність. Так, за результатами розгляду Європейським судом з прав людини справ проти України, що стосувалися, зокрема, порушення принципу розумності строків розгляду справи, Україна зобов'язана відшкодувати заявникам значні суми сатисфакції.

Оціночні судження є вираженням суб'єктивної думки та поглядів. Шляхом оціночних суджень передається інформація про суб'єктивне бачення певною особою обставин реальної дійсності чи її ідеальних уявлень. Правдивість оціночних суджень не досліджується. Оціночні судження, як зазначено у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 р. № 1, не можна перевірити на предмет відповідності дійсності та спростувати. Це підтверджено практикою Європейського Суду з прав людини при тлумаченні ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Як зазначено у рішенні Європейського Суду з прав людини від 08.07.1986 р. № 12/1984/84/131 у справі Лінгенса, слід розрізняти факти й оціночні судження: наявність фактів можна довести, а правдивість оціночних суджень не можна. Засобом оціночних понять формуються офіційно-правові вимоги законодавця. Оціночні поняття – навпаки, у тій же практиці Європейського Суду з прав людини (наприклад, справи «Моргуненко проти України», – рішення від 06.09.2007 р., «Барський проти



Види суджень

України», – рішення від 05.07.2007 р., «Красношапка проти України», – рішення від 30.11.2006 р., «Федорчук проти України», – рішення від 15.11.2007 р. та ін.) підлягають тлумаченню та перевірці на предмет їх відповідності центральним оціночним поняттям, що застосовуються у Конвенції, наприклад, поняттям розумності, справедливості, неупередженості тощо.

Якщо в оціночних судженнях суб'єктивізм культивується як вияв індивідуальності та вираження власної позиції, особистої думки, то стосовно оціночних понять права суб'єктивізм одночасно є і позитивом, і негативом: з одного боку, його не можна уникнути, адже інтелектуальна діяльність завжди суб'єктивна, а суддя приймає рішення виходячи із свого внутрішнього переконання, з іншого – суб'єкти цієї діяльності у цивільному процесі (наприклад, суддя, експерт, спеціаліст, інші особи) в силу етичних і професійних обов'язків повинні забезпечити неупередженість і об'єктивність своїх оцінок.

Безпосереднє відношення до оціночних понять права має лише оціночне судження як форма мислення, адже не кожне суб'єктивне висловлювання, що не містить фактичних даних (передусім сатиричне, алегоричне), пов'язане із системою цінностей взагалі й оціночними поняттями зокрема.

Крім того, складовою судження (речення) як усного чи письмового висловлювання слова є слова, якими позначаються певні поняття. Слова є контурами, марками, зовнішніми оболонками, умовними позначеннями понять, у тому числі оціночних. Помилковим є підхід, на основі якого здійснюється підміна категорій «слово» та «поняття», яка призводить до формування уявлень про те, що оціночне поняття є структурною частиною оціночного судження.

Судження в контексті свободи думки та слова як усне чи письмове висловлювання складається із слів і відображає вільні думки чи переконання особи, а судження як форма мислення складається із слів, але відображає логічні операції з усвідомлення змісту оціночного поняття права та з'ясування співвідношення з ним обставин конкретної дійсності.

Усвідомлення змісту оціночного поняття права здійснюється за існуючими в логіці алгоритмами на основі виявлення зв'язків між логічним підметом (суб'єктом, предметом, поняттям) та логічним присудком (предикатом, тим, що мовиться про об'єкт, його ознаками). Логічний підмет і присудок позначаються не самим поняттям, а словом, що мар-

кує певне поняття. Тому не цілком коректним є твердження, що оціночні судження, навіть оціночні судження як форма мислення, складаються із оціночних понять.

Висновки

У ході дослідження ми дійшли висновку, що слід розрізняти оціночні судження як зовнішній акт (висловлювання, реалізація свободи думки та слова) та оціночні судження як внутрішній акт (форма мислення), а серед останніх – оціночне судження, що відображає логічні операції з усвідомлення змісту оціночного поняття права та з'ясування співвідношення з ним обставин конкретної дійсності.

На етапі законотворення, як і правозастосування, оціночні поняття, у тому числі цивільно-процесуальні, не можуть використовуватися без оціночних суджень як форми мислення. Оціночні судження як форма мислення призводять до конкретного умовиводу законотворця, який використовує оціночне поняття у процесі конструювання правової норми, та інтенсивно використовуються при застосуванні правової норми, що містить оціночне поняття, адже за допомогою оціночних суджень і відповідних умовиводів суб'єкт мислить, приймає рішення.

Не слід ототожнювати оціночні судження й оціночні поняття, безумовно виражати їх співвідношення як ціле та частину, називати оціночне судження складним оціночним поняттям. Оціночні ж поняття права та цивільно-процесуальні оціночні поняття, навпаки, співвідносяться як родові і видові поняття.

Література

1. *Хрестоматия по всеобщей истории государства и права.* – М., 1996. – 416 с.
2. *Аристотель.* Сочинения: В 4 т. – М., 1983. – Т. 4. – 830 с.
3. *Жеребкин В. Е.* Логический анализ понятий права. – К., 1976. – 150 с.
4. *Ковальський В. С., Козінець І. П.* Правотворчість: теоретичні та логічні засади. – К., 2005. – 192 с.
5. *Причепій Є. М., Черній А. М., Чекаль Л. А.* Філософія. – К., 2005. – 592 с.
6. *Ивин А. А.* Логика. – М., 1998. – 234 с.
7. *Веренкіотова О.* Використання оціночних понять у вітчизняній правовій науці // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 5. – С. 14–16.
8. *Словник іншомовних слів.* – К., 1985. – 968 с.
9. *Ивин А. А., Никифоров А. Л.* Словарь по логике. – М., 1997. – 384 с.

In the article correlation of the phenomena is explored «evaluation concept», «civilly judicial evaluation concept» and «evaluation judgement».

В статтє исслеується соотношение феноменов «оценочное понятие», «гражданское процессуальное оценочное понятие» и «оценочное суждение».



ДО ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПОНЯТТЯ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ»

Світлана Ястрембська,

*здобувачка Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва НАПрН України,
доцент кафедри загальноправових і спеціальних юридичних дисциплін
Інституту економіки і права АТІСО,
м. Севастополь*

Стаття присвячена дослідженню проблем законодавчого закріплення категорії «зловживання процесуальними правами» особами, які беруть участь у цивільному процесі, та нормативного закріплення кваліфікуючих ознак цього діяння.

Ключові слова: забезпечення ефективності правосуддя, суб'єктивні процесуальні права, зловживання процесуальними правами, кваліфікація зловживання процесуальними правами, недобросовісність учасників цивільного процесу.

Однією з найважливіших і актуальних завдань Української держави є забезпечення доступного та справедливого судочинства, прозорості в діяльності судів, оптимізації системи судів загальної юрисдикції. Вирішення цього завдання можливе лише шляхом удосконалення цивільно-процесуальної форми на підставі наукового розроблення теоретичних і практичних проблем цивільного процесуального права.

Слід зазначити, що цивільне процесуальне право призначене не тільки регулювати та встановлювати потрібний напрям діяльності суб'єктів судового процесу, а й опосередковано справляти на них виховний вплив, що сприяє охороні державних інтересів, утвердженню законності та правопорядку, попередженню правопорушень і формуванню належного ставлення до закону та суду в суспільстві.

Наразі серед науковців і практиків широко обговорюється проблема забезпечення ефективності правосуддя, вирішення якої, безумовно, має здійснюватися шляхом запровадження загальноприйнятих міжнародних стандартів судочинства. З цього приводу заслуговує на увагу ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якій, зокрема, встановлено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом.

Запровадження справедливої судової процедури має супроводжуватися створенням ефективних правових засобів для запобігання та недопущення недобросовісного здійснення учасниками судочинства їх про-

цесуальних прав, у тому числі зловживання ними, а також встановленням негативних наслідків за неналежне виконання процесуальних обов'язків. Викладене зумовлює актуальність наукового розроблення проблем зловживання процесуальними правами учасниками цивільного процесу, які наразі не отримали свого належного як наукового обґрунтування, так і закріплення в процесуальному законодавстві України.

Метою цієї статті є аналіз проблем недобросовісності учасників цивільного процесу та доцільності закріплення поняття «зловживання процесуальними правами» у цивільному процесуальному законодавстві України.

Проблемі зловживання суб'єктивними правами присвячено багато наукових робіт. Переважна їх більшість стосується матеріально-правових аспектів, насамперед, зловживань суб'єктивними цивільними правами. Враховуючи єдність принципів права науковці та фахівці-практики проводять паралелі чи навіть ототожнюють зловживання суб'єктивними матеріальними та процесуальними правами. Однак, на нашу думку, таке ототожнення не є правильним, оскільки здійснення процесуальних і матеріально-правових прав має досить істотні відмінності, що, безумовно, впливають на особливості зловживань ними.

Із набранням чинності Цивільним процесуальним кодексом (далі – ЦПК) України (2004 р.) проблема зловживання процесуальними правами не знайшла свого вирішен-

ня на рівні законодавства. Тому, як і раніше, у цивільному процесі мають місце факти недобросовісної поведінки осіб, які беруть участь у справі, пов'язані із зловживанням наданими їм законом процесуальними правами. Як зазначає Д. Фурсов, усі процесуальні дії, умови та порядок здійснення кожної з них повинні бути визначені законодавцем, тому сама можливість для зловживання судовими процесуальними правами не має під собою будь-якого підґрунтя, а приклади зловживання судовими процесуальними правами, що наводяться у науковій літературі та мають місце у судовій практиці необхідно розцінювати як порушення процесуального характеру, за фактом здійснення яких законодавець не завжди встановлює негативні наслідки [1, с. 80]. У цивільному законодавстві України ідея неприпустимості зловживань процесуальними правами закріплена в загальному застереженні про те, що особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки (ч. 2 ст. 27 ЦПК України). Таке застереження слід розцінювати як заборону особам, які беруть участь у справі, зловживати процесуальними правами. Відповідно до цієї заборони реалізація процесуальних прав, спрямованих проти правильного та своєчасного розгляду і вирішення судової справи, рівноправності сторін або інтересів протилежної сторони, має визнаватися неприпустимою.

На думку А. Юдіна, поняттям «зловживання правом» у цивільному процесі охоплюються випадки, коли належні особам, які беруть участь у справі, процесуальні права здійснюються не відповідно до їх призначення, а в інших цілях, не пов'язаних із захистом дійсно порушених прав і охоронюваних законом інтересів осіб [2, с. 340], тобто зловживанням правами є їх здійснення задля порушення прав та інтересів інших осіб, а також у супереч публічним інтересам щодо ефективного і справедливого судочинства.

Порівняльно-правовий аналіз законодавства та судової практики інших держав свідчить, що ідеальної моделі кваліфікації процесуального зловживання у світі не вироблено й однозначного підходу до рішення даної проблеми немає. Так, у більшості країн континентальної системи права, зокрема у Франції, Бельгії, Японії тощо, в законодавстві закріплені лише загальні підходи та принципи. В деяких країнах, зокрема в Італії, процесуальне законодавство містить досить «розпливчисті» норми щодо загальної ідеї зловживання процесуальними правами, визначаючи її через «лояльність і чесність» учасників процесу, що є невід'ємними елементами процесуальної поведінки сторін. У процесуальному законодавстві Австрії та Німеччини не вживається термін «зловживання», але передбачені спеціальні правила, які може застосовувати суд у випадку виявлення зловживання при розгляді справи. У країнах загального права так само немає чіткого розуміння цього явища, але судами напрацьовано значний обсяг прецедентів щодо різних видів процесуальних зловживань і застосування відповідних санкцій за їх вчинення.

Процесуальне законодавство України розглядає недобросовісну поведінку як протиправне діяння, однак його ознаки прямо не визначені. Вітчизняний законодавець зобов'язує осіб, які беруть участь у справі, добросовісно здійснювати свої права, надані процесуальним законодавством. При цьому категорія «добросовісність» виступає як одна із соціальних норм – норм моралі, а тому вона є оціночною і залежить від розсуду суду в кожній конкретній ситуації. На думку М. Агаркова, як і в усіх випадках суддівського розсуду, особа дізнається про межі свого права не заздалегідь із закону, а *post factum* із судового рішення [3, с. 371–372]. За таких обставин, практично будь-яке рішення, в якому вказується про зловживання правом, може бути на практиці визнано незаконним.

Досить часто під недобросовісною поведінкою та зловживанням процесуальними правами розуміють пред'явлення свідомо безпідставних позовів, формальне оскарження рішень суду, заявлення клопотань, спрямованих на затягування розгляду справи (наприклад, про виклик свідків, які насправді нічого в справі не знають, призначення не потрібної експертизи чи повторної експертизи тощо), заява свідомо безпідставних відводів тощо. Чи може вчинення подібних дій бути об'єктивною підставою для обмеження принципу змагальності?

У сучасній періодичній науковій літературі досить часто лунає заклик щодо необхідності «оголошення війни» процесуальним зловживанням [4, с. 27; 5, с. 23; 6, с. 352; 7, с. 12], але реальна протидія цьому явищу наразі неможлива, оскільки розпливчає та неконкретне формулювання ч. 3 ст. 27 ЦПК України породжує довільне й недоказове тлумачення, що суперечить принципам змагальності та законності.

Досвід законодавчого регулювання відносин щодо зловживання процесуальними правами свідчить, що викладення конструкції

«зловживання процесуальним правом» і санкцій за його вчинення в окремій статті процесуального закону (ч. 1 ст. 35 ЦПК РФ), теж по суті не дав належного результату, оскільки не врегульований процес доказування факту зловживання процесуальним правом.

У теорії права поняття «зловживання правом» розглядається як самостійний вид правової поведінки [8, с. 431], що не охоплюється поняттям «правопорушення». У вітчизняній теорії процесуального права також відсутнє чітке розмежування понять «зловживання процесуальними правами» та «правопорушення», у тому числі порушення процесуальних норм. Відповідні поняття, як правило, ототожнюються [9, с. 63], однак це навряд чи вірно, оскільки в такому випадку втрачається сенс у категорії «зловживання правом».

Кваліфікація зловживання процесуальним правом базується на різних підходах. З одного боку, зловживання процесуальним правом є неправомірною поведінкою вповноваженої особи, пов'язаною із перевищенням меж свого права, з іншого – не виключається, що деякі види недобросовісного здійснення процесуального права є правопорушенням. Тому при кваліфікації зловживання процесуальним правом необхідно враховувати, *по-перше*, те, що основою конструкції зловживання правом є оцінка поведінки уповноваженої особи не тільки з точки зору формальних приписів закону, а й з урахуванням додаткових критеріїв, що утворюють межі права. Відносно суб'єктивного процесуального права такими межами є мета процесу в правильному та своєчасному вирішенні справи, рівноправності сторін, а також справедливий баланс інтересів кожної із сторін. Оціночною є саме юридична неприпустимість заподіяння шкоди, що виражається в поведінці, що суперечить суспільним інтересам, тобто реалізація права не заради тієї цілі, задля якої законодавець наділив особу таким правом.

По-друге, зловживання процесуальним правом є неприпустимим здійсненням права, що спрямовано проти правильного, своєчасного розгляду та вирішення справи, рівноправності сторін або веде до край несправедливих результатів для протилежної сторони. Це вимагає встановлення причинно-наслідкового зв'язку між протиправним здійсненням суб'єктивного процесуального права та негативними наслідками такої поведінки.

По-третє, зловживання правом має місце лише за наявності умислу (прямого або непрямого) на заподіяння шкоди за допомогою реалізації суб'єктивного права, адже з необережності зловживання правом є неможли-

вим. З огляду на це, кваліфікувати поведінку як зловживання правом на судовий захист можна лише тоді, коли учасник діє свідомо з єдиним наміром завдати шкоди суспільству чи іншим учасникам процесу, або намагається отримати певні вигоди чи переваги. Механізм доведення умислу залишається проблематичним, адже він може бути встановлений лише побічно, що завжди складно.

Викладені обставини свідчать, що законодавець, не включивши в ЦПК України статті про зловживання цивільним процесуальним правом, певною мірою виявив обережність, керуючись принципом «краще недерегулювати, ніж нашкодити». За такої умови немає і не може бути однозначного розуміння категорії «зловживання процесуальним правом» у судовій практиці. І це триватиме доти, доки не буде вироблено загальноприйнятого розуміння того, за яких обставин ті або інші дії слід розглядати як зловживання процесуальним правом, тобто не будуть визначені конкретні об'єктивні критерії кваліфікації дій як зловживань, а також (і це, напевно, основне) практичні наслідки виявлення зловживання.

У зв'язку з викладеним необхідність використання в процесуальному праві та судовій практиці категорії «зловживання процесуальними правами» без нормативного закріплення кваліфікуючих ознак такого діяння викликає об'єктивні сумніви, адже без цього зазначена категорія втрачає будь-яке практичне значення та практичний сенс.

Судова практика ще не виробила єдиного підходу до питання про зловживання процесуальними правами та його наслідків. Проте, на нашу думку, було б доцільно виявити найпоширеніші способи затягування судового процесу й інші, створювані особами, які беруть участь у справі, перепони на шляху до своєчасного та правильного розгляду справи у суді. Це дозволило б виробити чіткі правила кваліфікації певних дій як зловживання процесуальним правом у тій або іншій ситуації, що не потребує оцінки відповідних мотивів такої поведінки. При цьому, безумовно, потрібно враховувати, що в будь-якому випадку діяльність суду із визначення зловживання правом за своєю природою неможливе за заздалегідь встановленими критеріями, а тому припускає високий ступінь суддівського розсуду при правозастосуванні.

Висновки

Викладене дозволяє стверджувати, що нецільно законодавчо закріплювати дефіні-

цію поняття «зловживання процесуальними правами», оскільки обставини таких зловживань досить різноманітні й їх оцінка може істотно відрізнятися залежно від конкретних обставин судового розгляду, а вироблення будь-яких законодавчих положень загального характеру не вбачається можливим. Разом із тим на даний момент важливо не лише стверджувати про наявність проблеми недобросовісного здійснення особами, які беруть участь у справі, їх процесуальних прав і виконання процесуальних обов'язків, а й сформулювати її розуміння, що дозволить підійти до розроблення однакових і погоджених теоретичних та практичних підходів для її вирішення. Отже, для створення реальних засобів протидії виявам недобросовісної поведінки учасників цивільного процесу необхідно, насамперед, вироблення об'єктивних критеріїв визначення недобросовісної поведінки в цивільному процесі та, відповідно, вироблення адекватних заходів щодо подолання цього негативного явища.

The author considers the research of the issue of the legislative consolidation of the category «the abuse of the legal proceedings rights» by the participants of the civil legal court and analyses the problem of normative qualification of the abuse characteristics. The author attempts to ground the non-expediency of the legislative consolidation of the category «the abuse of the legal proceedings rights».

Статья посвящена исследованию проблем законодательного закрепления категории «злоупотребление процессуальным правом» лицами, участвующими в гражданском процессе, и нормативного закрепления квалифицирующих признаков данного деяния.



Література

1. Фурсов Д. А. Институт злоупотребления правом в арбитражном процессе // Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы науч.-практ. конф. — Сочи, 2002.
2. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. — СПб., 2005. — 360 с.
3. Азарков М. М. Проблема злоупотребления правом в современном гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. — 2002.
4. Бобровник О. Зловживання процесуальними правами в цивільному процесі // Право України. — 2008. — № 7.
5. Игнатов Д. Как верно затянуть рассмотрение дела. Несколько «относительно законных» способов затягивания судебного процесса путем использования права на обжалование // Юридическая практика. — 2005. — 19 апреля.
6. Кравчук В. М. Стратегія і тактика цивільного процесу. — К., 2002.
7. Смитюх А. Что такое процессуальные дилеммы // Юридическая практика. — 2005. — 4 января.
8. Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — М., 2000.
9. Васильев С. А. Гражданский процесс. — Х., 2006.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

Сайт журналу «Підприємництво, господарство і право»
<http://www.pgprjournal.com.ua>.

На сайті Ви можете ознайомитися з вимогами до публікацій та іншою інформацією щодо діяльності редакції журналу.

Залишайте свої відгуки та побажання у папці «Ваші відгуки».

СУТНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНОГО ІНТЕРЕСУ ЯК ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

Альона Покачалова,

аспірантка Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Стаття присвячена проблемі правового регулювання забезпечувального інтересу в країнах загальної правової сім'ї (на прикладі Великобританії та США). Розглядаються основні питання щодо поняття забезпечувального інтересу, особливостей його створення та надання йому юридичної сили відповідно до вимог права країн загальної правової сім'ї.

Ключові слова: забезпечувальний інтерес, прикріплення забезпечувального інтересу, формалізація, забезпечена угода, забезпечувальна угода, Єдинообразний торговий кодекс.

В умовах постійного зростання міжнародного співробітництва, інтенсивного розвитку економічних, наукових, культурних зв'язків дослідження іноземного права набуває все більшої актуальності. У зв'язку з підвищенням ролі договірних зобов'язань міжнародного характеру та збільшенням кількості укладених зовнішньоекономічних угод проблема їх забезпечення привертає увагу вчених. На нашу думку, уявлення про особливості забезпечення зобов'язань у країнах загального права може посилити позиції вітчизняних учасників зовнішньоекономічного обороту у сфері забезпечення зовнішньоекономічних угод.

Слід зазначити, що проблема забезпечувального інтересу майже не досліджувалася вітчизняними науковцями. Серед поодиноких дослідників можна назвати М. Адріанова. В Росії забезпечувальному інтересу присвячені дисертаційні дослідження О. Лопатіна, Є. Іванової, частково Н. Єремичева, Д. Куцафіна. Крім того, цю проблему вивчали Є. Васильєв, О. Вишневський, С. Овсейко, А. Майер та ін. Зрозуміло, що в західних країнах забезпечувальний інтерес більше досліджений. Серед найбільш визначних дослідників слід назвати Ласка, Філіпа Р. Вуда, Роя Гуда, Єву-Марію Крюнгер та ін.

На нашу думку, найбільш актуальними проблемами у сфері, що розглядається, є визначення поняття забезпечувального інтересу, особливості його створення та надання йому юридичної сили відповідно до вимог права країн загальної правової сім'ї (на прикладі Великобританії та США). У західних країнах концепції забезпечення відрізняються широкою різноманітністю в різних правових системах залежно від концепції права власності та майна [1, с. 3]. Проблема забезпечення зобов'язань у західній доктрині є дискусійною. Так, деякі дослідники ставлять під сумнів корисність забезпечення зобов'язань унаслідок певного негативного

впливу на капітал боржника, обмежень у веденні бізнесу боржника та порушення рівноправності кредиторів при банкрутстві. Тому існує думка про необхідність деякого обмеження прав забезпечених кредиторів. Слід зазначити, що ця ідея знайшла вияв у законодавстві західних країн [2].

Основоположною категорією забезпечення в країнах сім'ї загального права є забезпечувальний інтерес. У доктрині забезпечувальний інтерес визначається по-різному. Рой Гуд пропонує розуміти під забезпечувальним інтересом право, що надається одній стороні в активах іншої сторони для забезпечення платежу або виконання іншою стороною, або третьою стороною [1, с. 11].

На думку О. Лопатіна, під забезпечувальним інтересом слід розуміти інтерес у майні, яке належить іншій особі або у відношенні якого інша особа має неповні права, здатні переходити іноді в право власності. При цьому в силу цього інтересу у відношенні даного майна можуть бути здійснені певні права, передбачені в договірному порядку або законом, щоб забезпечити платіж або виконання зобов'язання цією іншою особою [3, с. 29]. Є також думка, згідно з якою забезпечувальний інтерес – це право в майні, яке кредитор отримує в силу укладення угоди [4, с. 30].

Забезпечувальний інтерес визначається й як майновий інтерес, що створюється за допомогою угоди або в силу закону в активах для забезпечення зобов'язання, як правило, оплати або боргу [2].

Законодавче визначення забезпечувального інтересу існує лише в Єдинообразному торговому кодексі (далі – ЄТК) США. У ст. 1-201 (37) ЄТК забезпечувальний інтерес визначається як інтерес в рухомому або нерухомому майні, що забезпечує оплату або виконання зобов'язання.

Отже, думки вчених у визначенні забезпечувального інтересу розійшлися. На нашу

думку, розуміння забезпечувального інтересу як прав, які надаються кредитору, більш повно відображає сутність забезпечення. Дійсно, як і в результаті двостороннього правочину, внаслідок забезпечення кредитор отримує права й обов'язки, і це є постулатом, що впливає з доктрини та законодавства цивільного права. Однак не можна не погодитися з думкою А. Лопатіна, який зазначав, що найчастіше слово «забезпечення» використовується як еквівалент речі, в якій це забезпечення надано [3, с. 29]. Тому традиційно під забезпечувальним інтересом розуміють перш за все інтерес у майні.

До ознак забезпечувального інтересу в правовій доктрині відносять [1, с. 11]:

- забезпечувальний інтерес є правом, що надається боржником кредитору в активах;
- це право, що надається з метою забезпечення зобов'язання;
- угода про забезпечення обмежує права боржника вільно розпоряджатися активами, наданими для забезпечення.

Забезпечувальні інтереси створюються за допомогою угоди або в силу закону. З точки зору кодифікації норм права, що регулюють забезпечувальні інтереси, право США є найбільш розвинутим правом. С. Овсейко зазначає, що забезпечувальні угоди мають складну ієрархію правових джерел: загальне (прецедентне право), федеральне законодавство, законодавство штатів. ЄТК США – закон не прямої дії, а є взірцем для прийняття окремими штатами своїх законів [4, с. 56].

В Англії немає єдиного кодифікаційного законодавчого акта, який регулює порядок створення та реєстрації забезпечувальних інтересів. Види забезпечувальних інтересів, що застосовуються в Англії, передбачені у ряді законів, серед яких можна назвати Bills of Sale Acts (закони про закладні) 1878 р. та 1882 р., The Sale of Goods Acts (закон про купівлю – продаж товарів) 1979 р., The Factors' Act (закон про фактори) 1889 р., The Money Lenders Acts (закон про займодавців) 1957 р. та ін. Крім того, питання реєстрації забезпечувального інтересу регулюються Land Registration Act 1925 р. (якщо як забезпечення використовується земельна ділянка) або відповідно до Companies Act 1985 р. (якщо як забезпечення використовуються інші активи компанії) [1; 5; 6].

Договірний характер забезпечувальних інтересів вказує на те, що хоча вони і регулюються тією чи іншою мірою законодавством країни, основною умовою їх виникнення є досягнення сторонами згоди про це, тобто їх основа – угода про забезпечення, укладена між боржником і кредитором.

Існує ряд формальних вимог, які необхідно виконати для того, щоб така угода

була дійсною та мала позовну силу проти третіх сторін. Правові системи країн надзвичайно різноманітні в цьому відношенні. В одних країнах угода про забезпечення може укладатися як в усній, так і письмовій формі; в інших укладення такої угоди допускається лише в письмовій формі. В деяких країнах реєстрація угоди про забезпечення не допускається, а в інших, навпаки, вимагається щоб угода була зареєстрована чи засвідчена певним чином [3, с. 61].

У праві США угода, що встановлює забезпечувальний інтерес, має бути укладена в письмовій формі, крім випадків, коли предмет забезпечення передається у володіння кредитора. Особою, яка надає забезпечення, може бути як сам боржник, так і третя особа. Така третя особа відповідає лише своїм майном, має право на отримання надлишку при стягненні, а також користується правами, які зазвичай належать заставодателю (отримувати повідомлення про стан розрахунків; викупати майно тощо) [4, с. 58].

Стаття 9-201 ЄТК передбачає, що угода про забезпечення є юридично дійсною, згідно з її умовами, у відношенні між сторонами проти покупців майна, яке слугує забезпеченням, та проти кредиторів. Іншими словами, угода надає пріоритет забезпеченому кредитору [7, с. 355–356].

Для англійського права характерне поняття *прикріплення* (*attachment*) забезпечувального інтересу. На думку Роя Гуда, прикріплення означає створення забезпечувального інтересу між боржником і кредитором. Ефект прикріплення полягає в тому, що забезпечувальні інтереси прикріплюються до забезпечувального майна, що надає кредитору права *in rem* (речові права) проти боржника, але не обов'язково проти третьої сторони. Необхідними складовими прикріплення, на думку дослідника, є [1, с. 60]:

- наявність угоди про забезпечення, яка має встановлену законом форму;
- забезпечувальне майно, надане для забезпечення, має бути ідентифіковане;
- боржник повинен мати інтерес у забезпечувальному майні або повноваження надавати його для забезпечення;
- має бути дійсним зобов'язання боржника перед кредитором, майно якого призначене для забезпечення.

Таким чином, основною метою прикріплення є виникнення у кредитора речових прав відносно боржника. Однак прикріплення не гарантує забезпечувальному інтересу юридичної сили проти вимог третіх сторін. Отже, укладення угоди про забезпечення у США надає кредитору право пріоритету над іншими кредиторами та наступними покупцями, тобто над третіми особами. В англійсь-

кому праві прикріплення забезпечувального інтересу не гарантує такого пріоритету. Тому, важливою ланкою в процесі надання забезпечувальному інтересу повної юридичної сили є формалізація.

Формалізація – це надання забезпечувальному інтересу такого статусу, який значно розширює можливості його реалізації відносно вимог третіх сторін, отже, підвищує його ефективність як засобу забезпечення. Після формалізації забезпечена сторона захищається від подальших кредиторів, цесіонарів боржника, та від будь-якого представника кредиторів у ході провадження у зв'язку з банкрутством боржника [3, с. 139]. Так, у ст. 9-301 ЄТК встановлений перелік осіб, які користуються пріоритетом над неформалізованими забезпечувальними кредиторами [7, с. 360–361]. Іншими словами, крім «загального» пріоритету, встановленого в статті 9-201 ЄТК, після формалізації забезпечений кредитор отримує додатковий пріоритет над особами, переліченими у ст. 9-301 ЄТК США.

Формалізація може бути здійснена одним із таких способів:

реєстрація. В англійській доктрині основними цілями реєстраційної системи забезпечення визнаються: уникнення удаваної кредитоспроможності; встановлення пріоритету; гарантування титулу права власності [1, с. 110].

Згідно з ЄТК США реєстрація необхідна для формалізації всіх забезпечувальних інтересів, окрім забезпечувального інтересу в майні, яке перебуває у володінні забезпеченої сторони, оборотних чи товаророзпорядчих документів, у споживчих товарах, з метою отримання покупної плати, а також забезпечувального інтересу, створеного в порядку цесії (в окремих випадках) і належного інкасууючому банку, або вираженому в цінних паперах тощо (ст. 9-302) [7, с. 361]. Реєстрацією визнається представлення заяви про фінансування для реєстрації та внесення реєстраційного збору або прийняття такої заяви особою, яка відає реєстрацією (ст. 9-403). Зареєстрована заява є дійсною протягом п'яти років, якщо до їх спливу не була зареєстрована пролонгаційна заява. Після спливу цього строку забезпечений інтерес стає неформалізованим, якщо він не був формалізований без реєстрації (ст. 9-403) [7, с. 381]. Що стосується місця реєстрації, то воно встановлюється залежно від виду майна, яке слугує забезпеченням.

Законодавчі акти Англії передбачають реєстрацію умовної або забезпечувальної закладної (закони про закладні). Реєстрація такої закладної може бути проведена протягом семи днів після її видачі. Реєстратору ма-

ють видаватися копія закладної й аффідевіт [3, с. 146].

Що стосується інших видів забезпечувальних інтересів, то англійське право не встановлює вимоги реєстрації щодо посесорних видів забезпечення (застава, право приримання), оскільки їх формалізація здійснюється шляхом вступу у володіння. Однак обов'язкова реєстрація встановлена для іпотеки рухомості та «плаваючого» обтяження. Угода про створення іпотеки рухомості, по суті, є забезпечувальною закладною, на яку поширюється дія закону про заставні [3, с. 147]. В інших випадках обтяження всього або частини майна боржника має бути зареєстроване. Питання реєстрації земельних ділянок або активів компанії регулюються відповідно до Land Registration Act 1925 та Companies Act 1985.

На думку Філіпа Р. Вуда, реєстрація забезпечувальних інтересів має певні недоліки. Реєстрація може призвести до обтяжливих формальностей, затримання формалізації та дорогих реєстраційних послуг. Крім того, реєстрація може стати причиною екстериторіальних конфліктів і збільшення ризику кредитора втратити його забезпечення у разі існування іноземної реєстрації, яка не може бути ним перевірена [5, с. 111];

вступ у володіння майном, яке слугує забезпеченням. В ЄТК США передбачено, що забезпечувальний інтерес у грошах та оборотних документах (інших, ніж документовані цінні папери або документи, які є частиною паперів на рухомість) може бути формалізований лише шляхом вступу забезпеченої сторони у володіння, крім випадків передбачених цим актом (9-304) [7, с. 363–364];

автоматична формалізація. У деяких випадках немає необхідності приймати додаткові заходи з метою формалізації забезпечувального інтересу, крім його створення. В таких випадках відбувається автоматична формалізація (або формалізація шляхом створення) без виконання вимоги реєстрації або вступу у володіння [3; 5]. Автоматична формалізація настає для забезпечувальних інтересів, які не підлягають реєстрації згідно із ст. 9-302 ЄТК США: для забезпечувального інтересу в майні, яке слугує забезпеченням і перебуває у володінні забезпеченої сторони; забезпечувального інтересу в споживчих товарах з метою отримання покупної плати тощо [7, с. 361].

Таким чином, унаслідок створення забезпечувального інтересу та його формалізації угода отримує забезпечення. Це є основною метою нормативного регулювання у даній сфері цивільних правовідносин.

У доктрині надаються різні визначення забезпеченої угоди. На думку О. Лопатіна,

забезпеченою угодою може вважатися угода, яка, крім основного зобов'язання, передбачає, що будь-яке матеріальне чи не матеріальне рухоме майно або його постійні належності використовуються як забезпечення виконання зобов'язань за цією угодою [3, с. 64]. С. Овсейко, характеризуючи способи забезпечення за законодавством США, використовує поняття «забезпечувальні угоди». На жаль, дослідниця не надає визначення цього поняття, аналіз її дослідження свідчить, що під забезпечувальними угодами вона розуміє додаткові угоди, які створюють забезпечувальний інтерес, а не основні забезпечені угоди [4, с. 56–61].

К. Іванова, під забезпечувальною угодою пропонує розуміти угоду, що надає кредиту, у випадку невиконання боржником своїх зобов'язань, майнові права відносно власності боржника з метою забезпечення отримання кредитором тих благ, які він міг би отримати за належного виконання боржником своїх зобов'язань [8, с. 18].

На нашу думку, такі схожі зовні поняття, як «забезпечена угода» та «забезпечувальна угода» мають абсолютно різний зміст. Ми вважаємо, що *забезпечена угода* є основним зобов'язанням, яке забезпечене додатковою угодою, встановлюючою забезпечувальний інтерес. Саме ця угода, що встановлює забезпечувальний інтерес є *забезпечувальною* та має додатковий характер. Власне ці угоди позначені різними термінами в ЄТК. Так, *security agreement* – це угода про забезпечення, а *secured obligation* – це забезпечене зобов'язання [9].

Проведене нами дослідження дозволяє зробити **висновок** про відсутність єдності поглядів у доктринальних дослідженнях щодо поняття «забезпечувальний інтерес». Разом із тим більшість дослідників пропонує розуміти під забезпечувальним інтересом інтерес у майні, а не права кредиторів на майно. Таке розуміння забезпечувального інтересу є наслідком традиційного асоціювання забезпечення з еквівалентом речі, а не певними правами.

Забезпечувальний інтерес як правова категорія має певні особливості. Забезпечувальний інтерес виникає в силу закону або в силу угоди між сторонами. Специфіка при-

кріплення забезпечувального інтересу у Великобританії полягає в тому, що після його створення забезпечувальний інтерес отримує юридичну силу між кредитором і боржником, але не відносно третіх сторін. Щоб угода отримала повну юридичну силу та захистила кредитора від вимог подальших кредиторів, вона має бути формалізована. За законодавством США формалізація надає додатковий пріоритет над конкретно визначеними в законодавстві неформалізованими інтересами. Формалізація може бути здійснена будь-яким законним способом, передбаченим для певного виду забезпечувального інтересу. Отже, забезпечувальний інтерес має майновий характер та може отримувати різні ступені юридичної сили залежно від здійснення сторонами дій, відповідно до вимог законодавства щодо надання інтересу такої сили. На нашу думку, така ситуація має суто практичне підґрунтя. Оскільки укласти угоду про забезпечення, отримуючи при цьому юридичну силу забезпечувального інтересу у відносинах між кредитором і боржником, значно легше, ніж її ще формалізувати, навіть якщо це дає захист від вимог третіх сторін. Тому західні дослідники виступають за спрощення та полегшення процедури реєстрації як одного із способів формалізації.

Література

1. Roy Goode. Legal Problems of Credit and Security / Roy Goode. – London, 2003. – 392 p.
2. Wikipedia. The Free Encyclopedia. – Режим доступу до ресурсу: www.wikipedia.org.
3. Лопатин А. А. Обеспечительные интересы в движимом имуществе по праву капиталистических стран: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1983. – 183 с.
4. Овсейко С. В. Обеспечительные сделки в законодательстве США // Юрист. – 2006. – № 10. – С. 56–61.
5. Philip R. Wood. Comparative Law of Security and Guarantees. – London, 1995. – 575 p.
6. Вишневатский А. А. Банковское право Англии. – М., 2000. – 300 с.
7. Единый торговый кодекс США: Пер. с англ. – М., 1996. – 427 с.
8. Иванова Е. А. Международно-правовое регулирование внешнеэкономических обеспечительных сделок: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 216 с.
9. Uniform commercial code. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.law.cornell.edu/ucc/9/article9.htm#s9-102>.

The article covers the problem of legal regulation of the security interest in common law family (for example, the UK and USA). The basic issues concerning the concept of security interest, the characteristics of its making and giving it legal force in accordance with the requirements of the law of the common law family are depicted.

Статья посвящена проблеме правового регулирования обеспечительного интереса в странах общей правовой семьи (на примере Великобритании и США). Рассматриваются основные вопросы, касающиеся понятия обеспечительного интереса, особенностей его создания и придания ему юридической силы в соответствии с требованиями права стран общей правовой семьи.



ОСНОВОПОЛОЖНІ НОРМИ ТА ПРАВИЛА СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ОСІБ ІЗ ФУНКЦІОНАЛЬНИМИ ОБМЕЖЕННЯМИ

Алла Куца,

ад'юнк特 кафедри адміністративного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ,
м. Київ

У статті висвітлюються питання принципів соціального захисту інвалідів, які є однією з основних умов досягнення результативності такого захисту, спрямованого на задоволення потреб зазначеної категорії осіб у відновленні та підтримці здоров'я, матеріальному забезпеченні, самореалізації, безперешкодному доступі до об'єктів соціальної інфраструктури тощо.

Ключові слова: принципи, соціальний захист інвалідів, законність, гуманізм, доступність, недискримінація, свобода вибору.

Актуальність теми дослідження обґрунтовується відсутністю як у науковій літературі, так і національному законодавстві визначення та класифікації принципів соціального захисту осіб із функціональними обмеженнями, а також їх надзвичайною важливістю для ефективності заходів соціального захисту зазначеної категорії громадян.

У міжнародній і національній практиці для позначення особи з функціональними обмеженнями (фізичними, психічними, інтелектуальними або сенсорними порушеннями) вживаються такі терміни, кожен із яких, на нашу думку, має право на існування: «інвалід», «особа з інвалідністю», «особа з особливими потребами», «особа з обмеженими функціональними можливостями», «особа з функціональними обмеженнями», «людина з особливостями психофізичного чи розумового (залежно від причини інвалідності) розвитку» тощо.

Інвалідність є соціальним явищем, уникнути якого не може жодне суспільство. В Україні на сьогодні налічується 2,64 млн інвалідів [1, с. 5]. Ці дані красномовно свідчать про глобальний характер проблеми інвалідності й актуальність соціального захисту громадян з обмеженими можливостями.

Метою цієї статті є визначення поняття принципів соціального захисту інвалідів, їх класифікація та розкриття суті кожного з них, а також акцентування уваги на їх значимості для досягнення цілей соціального захисту інвалідів.

Результативності заходів соціального захисту інвалідів можна досягти, у тому числі, шляхом дотримання вироблених світовою та

національною практикою й історично установлених принципів.

В Україні серед дослідників проблем правових принципів, які внесли значний внесок у їх вирішення, можна назвати таких учених-юристів, як Є. Азарова, А. Колодій, В. Копейчиков, Є. Мачульська, Н. Мироненко, Е. Скурко, О. Фрицький, Ю. Шемшученко, Л. Явич та ін.

У науковій літературі наводяться такі дефініції поняття «принципи» (від лат. *principium* – основа, початок):

- відправні засади, незаперечні вимоги (позитивні зобов'язання), які ставляться до учасників суспільних відносин із метою гармонічного поєднання індивідуальних, групових і громадських інтересів;

- загальні вимоги до суспільних відносин, їх учасників, а також як вихідні, керівні засади, відправні установлення, що виражають сутність права і впливають з ідей справедливості та свободи, а також визначають загальну спрямованість і найістотніші ознаки правової системи [2];

- вихідні норми, правила та закономірності, що впливають із сутності та рівня розвитку суспільства, а також його продуктивних сил, дотримання яких сприяє досягненню цілей функціонування та вирішенню поставлених завдань [3, с. 9].

У свою чергу, Е. Скурко дає визначення правовим принципам як базовим ідеям правової системи й їх втіленню в будь-якій із форм у характерних для правової системи компонентах (у правосвідомості, нормативному компоненті, при структуруванні та функціонуванні організаційного компонента правової системи, у правотворчості та правореалізації/правозастосуванні) [4, с. 56].

На нашу думку, не можна розглядати принципи лише як керівні ідеї, оскільки ідеї –

це категорії правосвідомості або правової науки, що існують незалежно від втілення в нормах. А принципи існують реально й об'єктивно; вони існують, будучи закріплені в законодавстві, або впливають із змісту його норм [5]. Разом із тим, якщо законодавство змінюється, то принципи залишаються статичними або ж розвиваються статично.

Викладене свідчить, що під правовими принципами слід розуміти вихідні норми та правила, що впливають із сутності та рівня розвитку суспільства, втілені у правосвідомості та нормативно-правових актах, дотримання яких сприяє досягненню визначених цілей.

Принципи не формують конкретних прав і обов'язків, не завжди забезпечені конкретними законодавчими санкціями. Значення принципів зумовлюється тим, що вони мають властивість вищої імперативності, універсальності, загальнозначущості, їм притаманні стійкість і стабільність протягом невизначено тривалого часу [2]. Таким чином, вважаємо, що *принципи – це вихідні норми та правила, що впливають із сутності та рівня розвитку суспільства, втілені у правосвідомості та нормативно-правових актах, дотримання яких сприяє реалізації основної мети соціального захисту інвалідів щодо задоволення потреб осіб з інвалідністю у відновленні та підтримці здоров'я, матеріальному забезпеченні, самореалізації, безперешкодному доступі до об'єктів соціальної інфраструктури тощо*.

Принципи соціального захисту інвалідів є однією із ключових його ідентифікаційних ознак, задають вектор розвитку законодавства у цій сфері. Аналіз юридичної літератури [6–8] дає підстави стверджувати, що принципи соціального захисту інвалідів не були самостійним предметом правового дослідження. Аналіз законодавства України у сфері соціального захисту інвалідів дозволяє запропонувати таку класифікацію принципів соціального захисту інвалідів:

- загальні (належать до системи соціального захисту інвалідів у цілому, фіксують вихідні засади будь-якого явища);

- спеціальні (відображають особливості окремих частин соціального захисту інвалідів).

Загальними принципами соціального захисту інвалідів є:

- демократизм (від грец. *demos* – народ і *kratos* – влада). Знаходить свій прояв у тому, що право та законодавство виражають волю народу, волю всіх і кожного, формуються через форми народовладдя. У сфері соціального захисту інвалідів виявляється через участь інвалідів в організації їх соціального захисту, тобто нічого для нас – без нас;

- участь і включення. Цей принцип має на меті залучення осіб з інвалідністю до широкого спектра життя суспільства та у процес прийняття рішень, які матимуть наслідки для них, а також заохотити їх до активного способу життя у громаді (спільноті). Включення є двостороннім процесом: особи, які не мають інвалідності, мають бути відкритими до участі осіб з інвалідністю [9, с. 16];

- законність. Означає верховенство закону; неухильне виконання законів і відповідних їм інших правових актів усіма органами держави, посадовими й іншими особами; утверджує всезагальність вимог дотримання законів і прийнятих відповідно до них підзаконних актів [10, с. 84];

- гуманізм (від лат. *humanitas* – людяність). Означає закріплення у правових формах відносин між людиною, державою та суспільством на основі визнання самоцінності людської особистості, невід'ємності її прав і свобод, поважання її гідності, захисту від свавільного втручання у сферу особистого життя [2]. Цей принцип розкриває одну з найважливіших ціннісних характеристик права, яка полягає у домінуванні, формуванні та функціонуванні правової системи природних невідчужуваних прав людини (на життя, здоров'я, особисту свободу та безпеку, на охорону своєї честі та репутації, недоторканність особи тощо [11, с. 224];

- рівність. Цей принцип означає рівність усіх перед законом, спрямований на створення в суспільстві умов для поваги відмінностей, усунення несприятливих умов і забезпечення того, щоб всі жінки, чоловіки, дівчата та хлопці повною мірою брали участь у житті суспільства на рівних умовах. Принцип рівності гарантується нормами Конституції України, у якій встановлено, що громадяни мають рівні конституційні права та свободи, є рівними перед законом [6, с. 124]. Він також прописаний як ціль у «Стандартних правилах забезпечення рівних можливостей для людей з обмеженими можливостями», суть якої полягає в наданні можливості людям з обмеженими можливостями «здійснювати нарівні з усіма свої права й обов'язки», брати участь повноцінним чином у діяльності суспільства [12, с. 25];

- гарантованість прав і свобод. Реальність здійснення прав і свобод громадян забезпечується системою політичних, економічних, організаційних, а також юридичних гарантій, без яких реалізація прав була б неможливою [2];

- єдність прав і обов'язків. Суть цього принципу полягає в тому, що праву користування одним суб'єктом будь-яким соціальним благом кореспондує обов'язок іншого суб'єкта виконати необхідні для суспільства дії [2];

- принцип свободи вибору – спрямований на забезпечення здатності контролювати своє власне життя та мати свободу робити свій власний вибір. У сфері соціального захисту інвалідів зазначений принцип означає, що інваліди нарівні з іншими мають можливості для розумного вибору у своєму житті, є об'єктом мінімального втручання в їх особисте життя та можуть приймати власні рішення за належної підтримки там, де вона потрібна [13]. Зокрема, у статтях 3 та 12 Конвенції про права інвалідів встановлено, що люди з інвалідністю мають право на рівне визнання перед законом і право робити свій власний вибір, тобто людина, яка страждає від інвалідності, не може бути позбавлена можливості користуватися правами та свободами, гарантованими їй законодавством [12, с. 67];

- солідарність. Цей принцип у випадку з інвалідами вимагає від працюючих фінансового забезпечення перших.

Слід зазначити, що дати вичерпний перелік загальних принципів соціального захисту інвалідів практично неможливо в силу постійного розвитку суспільних відносин, у тому числі у сфері соціального захисту інвалідів.

Спеціальні принципи, враховуючи їх специфіку, вважаємо за доцільне диференціювати на дві підгрупи:

- змістовні, тобто такі, що формулюють загальні засади соціального захисту інвалідів;

- формальні, що відображають механізм реалізації заходів соціального захисту інвалідів.

До *змістовних принципів* пропонуємо віднести такі:

- нової моделі інвалідності. Цей принцип передбачає зміни у соціально-психологічному та соціально-економічному ставленні до об'єкта реабілітації – інвалідів, нового розуміння поняття «інвалідність», застосування нової моделі інвалідності [14, с. 20];

- недискримінації. Цей принцип означає, що всі права гарантуються кожній людині, без будь-якої різниці, винятків або обмеження із причин інвалідності або за іншими ознаками. Основною метою принципу недискримінації є досягнення повної участі людей з інвалідністю в суспільному житті, своєчасне включення всіх питань, пов'язаних з життєдіяльністю громадян з інвалідністю, до напрямів державної політики [15, с. 4];

- доступність або спеціальна організація середовища. Цей принцип має на меті усунути бар'єри, що заважають людям з інвалідністю користуватися своїми правами. Це питання стосується доступності не лише до об'єктів житлового та громадського призначення, а й до інформації (повинна бути до-

ступна на декількох мовах, пристосована для інвалідів, записана просто та точно), технологій, засобів комунікації тощо [9, с. 79];

- гарантованість соціального захисту інвалідів. Цей принцип полягає в необхідності ефективного доступу до системи соціального захисту інвалідів, який повинен бути гарантований усім особам, які мають на нього право, без будь-яких перешкод;

- збереження набутих прав (спрямований на усунення суперечностей при виплаті пенсій і допомог, пов'язаних із принципом територіальності, перебування або проживання особи поза територією держав, за законодавством якої такі допомоги були призначені);

- всезагальність соціального захисту. Означас, що право на соціальний захист мають не лише люди з особливими потребами, які є громадянами України, а й іноземці, особи без громадянства, біженці, працівники-мігранти [6, с. 135];

- незменшуваності змісту й обсягу прав у сфері соціального захисту інвалідів при прийнятті нових законів. Цей принцип впливає із ст. 22 Конституції України, відповідно до якої, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод;

- реалістичності, що передбачає орієнтацію соціального захисту інвалідів на пріоритетні проблеми у відповідній сфері, надання соціальних виплат, соціальних послуг, пільг тощо, які встановлені у законодавчих актах, і постановка реально досяжних цілей соціального захисту інвалідів;

- інноваційності заходів соціального захисту інвалідів, що передбачає запровадження новітніх технологій їх реалізації на практиці, розроблених з урахуванням кращого вітчизняного та міжнародного досвіду у відповідній сфері [16, с. 40];

- судового захисту прав у сфері соціального захисту інвалідів.

Формальними принципами соціального захисту інвалідів є:

- здійснення забезпечення на рівні не нижче встановлених у державі науково й економічно обґрунтованих соціальних нормативів. Полягає в тому, що соціальні виплати, їх розміри мають відповідати потребам людини та задовольняти їх;

- єдність централізованих і децентралізованих засад або державно-суспільного характеру соціального захисту інвалідів, який полягає у забезпеченні взаємопов'язаної діяльності у відповідній сфері державних установ, органів місцевого самоврядування та недержавних (громадських) об'єднань, які виражають інтереси інвалідів;

- відповідальність. Цей принцип відображено у ч. 3 ст. 6 Закону України «Про основи

соціальної захищеності інвалідів в Україні», якою передбачено, що службові особи й інші громадяни, винні у порушенні прав інвалідів, визначених цим Законом, несуть встановлену законодавством матеріальну, дисциплінарну, адміністративну чи кримінальну відповідальність.

Належне дотримання принципів соціального захисту інвалідів в Україні стане запорукою того, що особи з функціональними обмеженнями не будуть виключені або виштовхнуті на узбіччя суспільного життя у зв'язку з їх інвалідністю, а вміле поєднання всіх цих принципів дасть змогу вже найближчим часом помітно поліпшити задоволення індивідуальних потреб осіб з інвалідністю та суспільне буття українського народу загалом.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що недостатньо проголосити принципи соціального захисту інвалідів. Необхідно втілення їх у життя. Слід залучати осіб з обмеженими функціональними можливостями до активної участі в житті суспільства, даючи їм змогу реалізувати себе через працю, творчість, спорт тощо. Також потрібно надавати особам з інвалідністю можливість впливати на суспільно-політичні процеси в державі, у тому числі шляхом внесення пропозицій щодо поліпшення їх становища в суспільстві, а не лише шляхом вибору між запропонованими їм рішеннями проблем, які стоять на заваді реалізації гарантованих державою прав і свобод.

Література

1. *Про становище інвалідів в Україні*. – К., 2008. – 200 с.

The following material highlights the issues of principles of social protection of disabled persons, which is one of the main conditions for achieving effectiveness of such protection to meet the needs of this category of persons in restoring and maintaining health, financial security, mobility, unimpeded access to social infrastructure etc.

В статье освещаются вопросы принципов социальной защиты инвалидов, которые являются одним из главных условий достижения результативности такой защиты, направленной на удовлетворение потребностей указанной категории лиц в восстановлении и поддержании здоровья, материальном обеспечении, самореализации, беспрепятственном доступе к объектам социальной инфраструктуры и т. д.

2. *Теорія держави та права*. – Л., 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/>.

3. *Карпенко О. А., Білявська О. Б.* Діяльність органів публічного управління в системі соціально-економічних відносин. – К., 2008. – 56 с.

4. *Скурко Е. В.* Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства: теория и практика // Правоведение. – 2006. – № 2. – С. 55–61.

5. *Право соціального забезпечення*. – Л., 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/>.

6. *Болотіна Н. Б.* Право соціального захисту України. – К., 2008. – 663 с.

7. *Мацульська Е. Е.* Право социального обеспечения. – М., 1999. – 240 с.

8. *Право соціального забезпечення* / П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, С. М. Синчук та ін.; За ред. П. Д. Пилипенка. – К., 2008. – 504 с.

9. *Інвалідність*. – К., 2008. – 152 с.

10. *Горшенев В. М., Шахов И. Б.* Контроль как правовая форма деятельности. – М., 1987. – 176 с.

11. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права / Пер. з рос. – Х., 2001. – 656 с.

12. *Доступ людей с ограниченными возможностями к социальным правам в Европе* (Страсбург, 7–10 октября 2003 года) Английское издание: Access to social rights for people with disabilities in Europe.

13. *Наблюдение за осуществлением Конвенции о правах инвалидов: Руководство для наблюдателей в области прав человека. Серия материалов по вопросам профессиональной подготовки № 17.* Организация Объединённых Наций, Нью-Йорк, Женева, 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17RU.pdf.

14. *Шевцов А. Г.* Методичні основи організації соціальної реабілітації дітей з вадами здоров'я. – К., 2004. – 240 с.

15. *Права людей з інвалідністю в Україні*. – К., 2008–2009. – 68 с.

16. *Праця та зайнятість осіб з інвалідністю*. – К., 2009. – 194 с.



ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТРАНСФОРМАЦІЇ ЗЛОЧИННОЇ ПОВЕДІНКИ ТА ПРАВИЛА ЇЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

Костянтин Задоя,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті розглядається проблема трансформації злочинної поведінки, досліджується природа цього правового явища, типи трансформації злочинної поведінки, формулюються загальні правила кваліфікації подібних ситуацій.

Ключові слова: трансформація злочинної поведінки, кваліфікація злочинів.

Проблемі трансформації (перетворення, переростання) злочинної поведінки¹ не приділяється достатньої уваги у кримінально-правовій літературі та в постановках Пленуму Верховного Суду (далі – ППВС) України. Як правило, на неї звертається увага при вирішенні питань кваліфікації злочинів проти власності. В теорії кримінального права [1, с. 48, 115; 2, с. 316–317; 3, с. 77] та правозастосовчих орієнтирах (абзац 3 п. 4, абзац 4 п. 22, абзац 3 п. 24 ППВС України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06.11.2009 р.) традиційно наводяться правила кваліфікації ситуацій, коли крадіжка «переростає» в грабіж або розбій, грабіж – у вимагання, а шахрайство – в грабіж. М. Бабій згадує про можливість переростання умисного вбивства без обтяжуючих і пом'якшуючих обставин в умисне вбивство з обтяжуючими обставинами [4, с. 113]. На нашу думку, це свідчить про фрагментарність сприйняття вказаної проблеми. По-перше, трансформація злочину одного виду (різновиду) в злочин іншого виду (різновиду) може мати місце і при вчиненні злочинів, які не посягають на власність чи життя особи; по-друге, в науковій літературі належним чином не досліджувалась юридична природа цього явища. Це з очевидністю зумовлює необхідність вивчення зазначеної проблеми.

¹В науковій літературі переважно використовується термін «переростання злочину»; менш поширеним є термін «перетворення злочину». На нашу думку, синонімічний ряд «переростання – перетворення» можна доповнити терміном «трансформація». Проте, очевидно, більш коректно вести мову не про «трансформацію (переростання, перетворення) злочину», а про «трансформацію (переростання, перетворення) злочинної поведінки», оскільки цей термін позначає ситуації, коли злочин одного виду (різновиду) «трансформується (переростає, перетворюється)» на злочин іншого виду (різновиду).

Юридична природа трансформації (перетворення, переростання) злочинної поведінки. На нашу думку, трансформації злочинної поведінки властива низка характеристик:

- трансформація злочинної поведінки є ситуацією *правозастосовчого характеру*, оскільки вона виявляється й існує лише у зв'язку з конкретними фактичними обставинами;

- трансформація злочинної поведінки є правозастосовчою ситуацією, яка полягає в тому, що діяння особи розпочинається із злочину одного виду (різновиду) (для зручності іменуватимемо цей злочин «первинним»), але згодом продовжується як злочин іншого виду (різновиду) (для зручності іменуватимемо цей злочин трансформованим);

- трансформація злочинної поведінки можлива лише у випадках, коли і первинний, і трансформований злочини є умисними;

- механізм трансформації злочинної поведінки в спрощеному вигляді може бути представлений наступним чином:

особа вчиняє діяння, яке в поєднанні з іншими обставинами, відповідає юридичному складу первинного злочину (юридичному складу готування або замаху на злочин певного виду або різновиду);

у певний момент особа усвідомлює неможливість доведення первинного злочину до кінця;

умисел особи видозмінюється – в особи виникає намір вчинити умисний злочин іншого (порівняно з первинним злочином) виду (різновиду);

злочинна поведінка особи продовжується в такий спосіб: особа вчиняє нове діяння (кілька діянь), яке (які) в поєднанні з видозміненим умислом та іншими обставинами відповідає юридичному складу трансформованого злочину (наприклад, особа проникає до житла потерпілого, маючи намір таємно

заволодіти його майном і починає збирати речі, але через деякий час потерпілий виявляє поведінку винного й останній з метою утримання майна застосовує до потерпілого насильство, що не є небезпечним для життя або здоров'я, після чого залишає приміщення, взявши з собою викрадені речі; особа з метою вчинення умисного вбивства жінки, яку помилково вважала вагітною, з'ясовує маршрут жертви, але через деякий час дізнається, що остання не перебуває в стані вагітності та, знаючи про це, продовжує підготовку до злочину, підшуковуючи знаряддя вбивства);

вчинене раніше особою діяння перебуває у, так би мовити, «функціональному зв'язку» з діянням (діяннями), яке в поєднанні з іншими обставинами відповідає юридичному складу трансформованого злочину (під функціональним зв'язком ми маємо на увазі те, що вчинене раніше особою діяння об'єктивно створює умови для вчинення трансформованого злочину або об'єднується з учиненим у подальшому діянням (кількома діяннями) у межах психічного ставлення винного до своєї поведінки.

Залежно від специфіки механізму перетворення злочину одного виду (різновиду) на інший трансформація злочинної поведінки може набувати таких типових проявів:

трансформація першого типу – діяння особи в поєднанні з одними обставинами в певний момент часу відповідає юридичному складу готування до злочину певного виду (різновиду), але через певний час особа усвідомлює неможливість доведення розпочатого злочину до кінця, вирішує використати зазначене підготовче діяння для вчинення злочину іншого виду (різновиду) та вчиняє інше діяння, яке в поєднанні з іншими обставинами відповідає юридичному складу готування до злочину цього виду (різновиду);

трансформація другого типу – діяння особи в поєднанні з одними обставинами в певний момент часу відповідає юридичному складу готування до злочину певного виду (різновиду), але через певний час особа усвідомлює неможливість доведення розпочатого злочину до кінця, вирішує використати зазначене підготовче діяння для вчинення злочину іншого виду (різновиду) та вчиняє діяння, яке у поєднанні з іншими обставинами відповідає юридичному складу незакінченого (закінченого) замаху або закінченого злочину цього виду (різновиду);

трансформація третього типу – діяння особи в поєднанні з одними обставинами в певний момент часу відповідає юридичному складу незакінченого замаху на злочин певного виду (різновиду), але через певний час особа усвідомлює неможливість доведення

розпочатого злочину до кінця, вирішує вчинити злочин іншого виду (різновиду) та, використовуючи умови, створені вчиненим раніше діянням, вчиняє ще одне діяння, яке в поєднанні з іншими обставинами відповідає юридичному складу незакінченого (закінченого) замаху або закінченого злочину іншого виду (різновиду).

Відмежування трансформації злочинної поведінки від суміжних кримінально-правових ситуацій. Випадки трансформації злочинної поведінки слід відмежовувати від випадків, в яких у поведінці особи наявне поєднання добровільної відмови від вчинення злочину одного виду (різновиду) та вчинення закінченого (незакінченого) злочину іншого виду (різновиду). Так, суб'єкт, маючи намір викрасти з помешкання потерпілого історичну цінність, вартість якої досягає показника «великі розміри», вчиняє необхідні, на його думку, підготовчі дії – підшуковує інструменти, необхідні для зламу замка, та пристрої для нейтралізації сигналізації, але після цього з'ясовує, що в квартирі потерпілого знаходиться й інша історична цінність, вартість якої досягає показника «особливо великі розміри», і вирішує спрямувати свою діяльність на заволодіння саме цим предметом. У даному випадку трансформація злочинної поведінки відсутня, оскільки під час відмови від розпочатого злочину суб'єкт усвідомлює можливість довести злочин до кінця. Очевидно, подібні ситуації слід розглядати як поєднання добровільної відмови від злочину одного виду (різновиду) та вчинення закінченого (незакінченого) злочину іншого виду (різновиду) [5, с. 40–41; 6, с. 376–377].

Трансформацію злочинної поведінки необхідно відрізнити від випадків, описаних у ч. 2 ст. 17 Кримінального кодексу (далі – КК) України, коли суб'єкт, добровільно відмовляючись від вчинення злочину, все ж підлягає кримінальній відповідальності, оскільки вчинене ним діяння у поєднанні з іншими обставинами відповідає складу іншого злочину. П. Кобзаренко стверджує, що «тут відбувається законодавча «зміна» об'єктів посягання та законодавча трансформація вчиненого замаху, в інший менш тяжкий злочин» [7, с. 252]. Не вдаючись у дискусії щодо коректності термінології П. Кобзаренка (зокрема, в частині використання терміна «законодавча трансформація»), зазначимо, що в подібних випадках відсутня трансформація злочинної поведінки в запропонованому нами розумінні. На нашу думку, вдало з цього приводу висловився П. Берзін: «Коли фактично вчинене особою діяння у поєднанні з іншими обставинами утворює склад незакінченого злочину, останній, в разі відпо-

відності таких обставин умовам, передбаченим у ч. 1 ст. 17 КК, так би мовити «припиняє своє існування» (виключається) як підстава кримінальної відповідальності. Тому, очевидно, стверджувати, що фактично вчинене діяння, яке містить склад готування до злочину чи замаху на злочин, трансформується у «щось інше» (зокрема, в інший злочин) некоректно» [8, с. 351]. З цієї ж причини трансформація злочинної поведінки буде відсутня у випадках, які В. Навроцький називає частково невдалою добровільною відмовою: особі вдалося не довести до кінця злочин, який вона почала вчиняти, але у ході вчинення посягання все ж заподіяна шкода, проте в меншому обсязі чи іншому об'єкті [9, с. 193].

Трансформацію злочинної поведінки необхідно відмежовувати від випадків вимушеної відмови від вчинення злочину. Під вимушеною відмовою у теорії кримінального права розуміють ситуації, коли особа вважала, що не має можливості доведення злочину до кінця [10, с. 28]. Така відмова не виключає кримінальної відповідальності особи за незакінчений злочин. Випадки вимушеної відмови за своєю юридичною природою є досить близькими до випадків трансформації злочинної поведінки. Іншими словами, вимушена відмова від вчинення злочину є складовою (компонентом) трансформації злочинної поведінки, адже про перетворення злочину можна вести мову лише тоді, коли особа усвідомлювала неможливість доведення до кінця первинного злочину. Разом із тим вимушеною відмовою не можна охопити продовження суб'єктом своєї злочинної поведінки.

Трансформацію злочинної поведінки слід відрізнити від ситуацій, які в теорії кримінального права називаються відхиленням дії (*aberratio ictus*). Під відхиленням дії у теорії кримінального права розуміють ситуації, коли вчинене особою діяння призводить до заподіяння шкоди іншому потерпілому (об'єкту), внаслідок такого розвитку причинного зв'язку, який винний не передбачав, але міг і повинен був передбачити. Класичне правило кримінально-правової оцінки відхилення дії стверджує, що поведінку особи слід кваліфікувати як замах на умисний злочин, який винний намагався вчинити, та необережний злочин, який охоплює реально спричинену суб'єктом шкоду [11, с. 17–18]. Подібні ситуації відрізняються від трансформації злочинної поведінки, передусім, тим, що при відхиленні дії частина поведінки особи характеризується умисною формою вини, а інша частина – необережністю.

Кримінально-правова кваліфікація трансформації злочинної поведінки. У теорії кримінального права та правозастосовчій прак-

тиці не вироблено універсального правила кваліфікації випадків трансформації злочинної поведінки. Навпаки, слід стверджувати про існування казуїстичних і суперечливих правил кваліфікації різних її (трансформації злочинної поведінки) проявів. Наприклад, трансформація крадіжки в грабіж і в кримінально-правовій науці [1, с. 48; 2, с. 316–317], і в правозастосовчій практиці (абзац 3 п. 4, абзац 4 п. 22, абзац 3 п. 24 ППВС України «Про судову практику у справах про злочини проти власності») традиційно оцінюється лише як один злочин, а саме як грабіж («трансформований» злочин). Умовно називатимемо такий підхід основним або традиційним.

Альтернативний підхід щодо кваліфікації трансформації злочинної поведінки запропонований С. Шапченком. Зокрема, він зазначає, що дії виконавця злочину за наявності експесу у вигляді перетворення злочину слід кваліфікувати за правилами сукупності злочинів – як незакінчений замах на злочин, який мав бути вчинений відповідно до домовленості між співучасниками, та як закінчений злочин чи замах на злочин, який виконавець вчинив одноособово [10, с. 63]. Ця теза знайшла свій розвиток у підготовленій ним редакції проекту постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності». Зокрема, С. Шапченко пропонував викласти абзац 4 п. 5 проекту таким чином: «Якщо ж намір продовжити викрадення, розпочате як таємне, виник у винного після того, як його дії були виявлені потерпілим чи іншою особою, початковий і кінцевий етапи такого викрадення мають визнаватись окремими злочинами і кваліфікуватись як незакінчений замах на крадіжку та як закінчений або незакінчений грабіж чи розбій» [12, с. 5–6].

Підхід, відповідно до якого трансформацію злочинної поведінки слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, знайшов відображення й в абзаці 6 п. 12 ППВС України «Про судову практику у справах про злочини проти власності», в якому зазначено: «Якщо погроза насильством або саме насильство були застосовані з метою заволодіння майном потерпілого в момент нападу, але у зв'язку з відсутністю у нього майна винна особа пред'явила вимогу передати його в майбутньому, такі дії належить кваліфікувати залежно від характеру погроз чи насильства як розбій або замах на грабіж і за відповідною частиною ст. 189 КК (за наявності складу злочину)».

На нашу думку, традиційний підхід до кваліфікації трансформації злочинної поведінки побудований на такому її розумінні, яке є подібним до розуміння юридичної при-

роди такого цивільно-правового явища, як новація. Відповідно до ч. 2 ст. 604 Цивільного кодексу України новацією є припинення зобов'язання за домовленістю сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами. Отже, при новації попереднє зобов'язання припиняється у зв'язку із виникненням іншого зобов'язання. Подібну правову логіку, очевидно, закладено і в традиційний підхід до оцінки трансформації злочинної поведінки. «Трансформований» злочин начебто «скасовує» попередні прояви злочинної поведінки особи. Вважаємо, що така логіка є вразливою з кількох причин.

По-перше, традиційне правило кваліфікації трансформації злочинної поведінки неповно та некоректно відображає зміст злочинної поведінки винного, не враховує, що початково умисел винного був спрямований на вчинення злочину іншого виду (різновиду). По-друге, основний підхід до кваліфікації трансформації злочинної поведінки не узгоджується з поняттям часу вчинення злочину, закріпленого в ч. 3 ст. 4 КК України. Зокрема, він не дає відповіді на питання, що слід вважати часом вчинення злочину в даному разі – час вчинення первинного злочину чи час його перетворення в трансформований злочин?

Висновки

Трансформація злочинної поведінки повинна кваліфікуватися за правилами сукупності злочинів – як незакінчений злочин одного виду (різновиду) (первинний злочин) і закінчений (закінчений) злочин іншого виду (різновиду) (трансформований злочин). З огляду на типові прояви трансформації злочинної поведінки це правило можна конкретизувати таким чином:

випадки трансформації першого типу слід кваліфікувати як готування до злочину

певного виду (різновиду) та готування до злочину іншого виду (різновиду);

випадки трансформації другого типу слід кваліфікувати як готування до злочину певного виду (різновиду) та незакінчений (закінчений) замах або закінчений злочин іншого виду (різновиду);

випадки трансформації третього типу слід кваліфікувати як незакінчений замах на злочин певного виду (різновиду) та незакінчений (закінчений) замах або закінчений злочин іншого виду (різновиду).

Література

1. Матішевський П. С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К., 1996. – 124 с.
2. Бойцов А. И. Преступления против собственности. – СПб., 2002. – 755 с.
3. Лимонов В. Н. Мошенничество: уголовно-правовая и криминологическая характеристики. – М., 2000. – 89 с.
4. Бабий Н. А. Квалификация убийств. – Минск, 2009. – 602 с.
5. Тер-Акопов Т. А. Добровольный отказ от совершения преступления. – М., 1982. – 96 с.
6. Кузнецова Н. Ф. Избранные труды. – М., 2003. – 834 с.
7. Кримінальне право України: Загальна частина / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. О. Беньківський та ін.; за ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. – К., 1997. – 512 с.
8. Берзін П. С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення. – К., 2009. – 736 с.
9. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації. – К., 2006. – 704 с.
10. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін. – К., 2005. – 848 с.
11. Гонтьарь И. Отклонение действия и ошибка в причинной связи в уголовном праве // Уголовное право. – 2009. – № 4. – С. 17–20.
12. Шапченко С. Д. Редакція проекту (на друге читання) постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» [Рукопис]. – К., 2009. – 21 с.

The article is devoted the problem of transformation of criminal behaviour. An author probes nature of this legal phenomenon, examines the types of transformation of criminal behaviour, formulates the general rules of qualification of similar situations.

В статтє рассматривается проблема трансформации преступного поведения, исследуется природа этого правового явления, типы трансформации преступного поведения, формулируются общие правила квалификации подобных ситуаций.



ЗАМІНА НЕВІДБУТОЇ ЧАСТИНИ ПОКАРАННЯ БІЛЬШ М'ЯКИМ: проблеми тлумачення, практика застосування та вдосконалення кримінального законодавства

Євген Письменський,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права
Луганського державного університету внутрішніх справ
ім. Е. О. Дідоренка

У статті розглядається один із поширених у практиці правозастосування видів звільнення особи від відбування покарання – заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. Із урахуванням комплексного аналізу законодавчих вимог щодо реалізації такої заміни пропонується авторський підхід до тлумачення підстав та умов її здійснення, робиться порівняння з умовно-дostroковим звільненням особи від відбування покарання, висловлюються пропозиції з можливих шляхів удосконалення Кримінального кодексу України.

Ключові слова: заміна покарання, невідбута частина покарання, підстави заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, виправлення.

Покарання, яке є гуманним, справедливим, заснованим на законі, призначеним із урахуванням особи винного, обставин, що його пом'якшують та обтяжують, слід визнати необхідним і ефективним елементом системи заходів протидії злочинності. За своїм змістом покарання має бути таким, щоб воно забезпечувало реалізацію мети виправлення особи, яка засуджується, і тим самим досягнення мети спеціальної превенції. Передусім, з об'єктивних причин у суду немає можливості максимально точно та персонально виважено визначити вид і розмір такого покарання. Тому цілком справедливо кримінальним законом передбачена можливість коригування первинно призначеного покарання під час його відбування шляхом заміни цього покарання більш м'яким видом. Завданням такої заміни традиційно визнається стимулювання до найскорішого виправлення засуджених, заохочення їх до відмови від подальшої злочинної поведінки тощо.

Проблеми застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким у науковій літературі аналізуються не часто. Окремі її аспекти досліджені у працях А. Бойка, Т. Гончара, Г. Кригера, В. Ломака, В. Скибицького, Ю. Ткачевського, В. Устименка, М. Хавронюка та ін.

Метою цієї статті є аналіз законодавчо визначених умов і підстав заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, виявлення у цій частині недоліків чинного законодавства та практики його застосування, а також формулювання пропозицій щодо їх усунення.

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким передбачає за певних умов застосування судом до засудженого більш м'якого покарання, ніж те, яке він відбуває. Фактично йдеться про дострокове звільнення особи від одного покарання із одночасною заміною його іншим. У літературі іноді висловлюються заперечення з приводу такого трактування.

Так, П. Фріс вважає, що заміна невідбутої частини покарання більш м'яким (ст. 82 Кримінального кодексу (далі – КК) України) не належить до звільнення від покарання, оскільки у випадку застосування цієї норми не відбувається звільнення, а здійснюється лише заміна одного (більш тяжкого виду покарання) на інший (більш м'який) його вид [1, с. 407]. Однозначно заперечувати проти даного підходу теж не має сенсу, адже непорозуміння викликані, з одного боку, розміщенням норми про заміну покарання у розділі кримінального закону про звільнення від покарання та його відбування, а з іншого – правовою природою та змістом заміни покарання, розуміння якого пов'язане з фактичним звільненням від одного покарання та призначенням нового.

Заміна покарання більш м'яким як своєрідний різновид звільнення від його відбування у вигляді, передбаченому вітчизняним законодавством, невідомий більшості європейських держав. Лише у кримінальних кодексах країн колишнього СРСР (як спадок радянського кримінального законодавства) є привілейовані норми про заміну невідбутої частини покарання іншим, які у загальному вигляді збігаються за змістом із відповідни-

ми положеннями українського закону. Про доцільність подальшого існування таких норм не дискутуватимемо, лише зазначимо з позитивного боку наявність можливості коригування державою заходів карального впливу під час реалізації однієї з найсуворіших форм кримінальної відповідальності. Адже принцип індивідуалізації покарання має діяти не лише при призначенні покарання, а й під час його відбування.

Згідно з ч. 1 ст. 82 КК України невідбута частина покарання може бути замінена більш м'яким лише тим особам, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі. З цього випливає, що інші види покарання не підлягають заміні більш м'яким. Розглядаючи це питання у порівняльно-правовій площині, можна дійти висновку, що кримінальне законодавство більшості країн (у яких передбачена можливість заміни невідбутої частини покарання більш м'яким) установлює для заміни лише один вид покарання – позбавлення волі. Йдеться, зокрема, про Азербайджан, Вірменію, Казахстан, Молдову, Росію та ін. Дисонує з ними Білорусь, кримінальний закон якої передбачає досить широкий перелік покарань, які дозволяється замінювати більш м'яким.

Слід зазначити, що, оскільки для заміни покарання більш м'яким необхідно встановлювати певну стадію (далеко не завершальну) виправлення засудженого, було б доцільно вважати лише один вид покарання «гідним» заміни більш м'яким. Йдеться про позбавлення волі як найбільш довгострокове й одне з найсуворіших видів покарання, лише під час відбування якого можна виокреmlювати якісь етапи виправлення на кшталт «став на шлях виправлення». Ще одним аргументом на користь висловленої пропозиції має бути відсутність у суду реальної можливості обирати різні варіанти покарань для їх заміни, про що докладніше йтиметься далі.

Законодавцем не диференційована можливість заміни покарання більш м'яким залежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину (як це зроблено, скажімо, в Азербайджані, Вірменії, Казахстані, Молдові та деяких інших країнах). Слід відзначити правильність такого рішення та вказати на недоцільність розширення кола осіб, до яких можливе застосування такої заміни. По-перше, зверну увагу на необхідність всебічної реалізації принципів справедливості та гуманізму; по-друге, є сенс збереження можливості кожному засудженому контролювати свою поведінку при відбуванні покарання, впливати на свою власну долю, а не спостерігати за спливом часу до закінчення строку відбування покарання за відсутності мотивації до поліпшення свого становища.

Більш м'яке покарання признається у межах строків, передбачених у Загальній частині КК України для обраного судом ви-

ду покарання¹, і не повинно перевищувати невідбутого строку покарання, призначеного вироком. Хоча певної залежності між строком невідбутої частини первинно призначеного покарання та строком більш м'якого виду покарання ст. 82 КК України не передбачено; суд має здійснювати таку заміну, враховуючи та порівнюючи вид і розмір покарання, яке замінюється, з видом і розміром нового більш м'якого покарання.

Більш м'яким вважається покарання, яке у системі покарань знаходиться вище, ніж те покарання, яке особа відбуває (ст. 51 КК України). Наприклад, відбування покарання у вигляді позбавлення волі може бути замінено таким покаранням як обмеження волі, а покарання у вигляді обмеження волі – арештом. Але закон не забороняє заміну невідбутої частини покарання на будь-яке інше покарання, яке є більш м'яким. Тому позбавлення волі може бути замінено засудженому не тільки на обмеження волі, а й, наприклад, на той же арешт або виправні роботи тощо. Це стосується й обмеження волі, яке може бути замінено, скажімо громадськими роботами.

Слід зазначити, що існують певні види покарання, які неможливо замінити за будь-яких умов або є можливість заміни тільки у поодиноких випадках. Так, неможливо замінити невідбуту частину обмеження або позбавлення волі покаранням, яке застосовується лише до військовослужбовців (тримання в дисциплінарному батальйоні або службові обмеження), а також позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (за винятком випадків, коли вчинений злочин пов'язаний із посадою, яку займає винний). Недоцільним і неефективним при заміні слід визнати штраф, адже він не має строкового характеру та нагадує своєрідний відкуп від відбування суворішого покарання. Крім того, згідно з ч. 3 ст. 72 КК України штраф не може переводитися у покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі.

Вкрай сумнівною вважається пом'якшена заміна покарання у вигляді арешту. Суть цього виду покарання полягає у триманні засудженого в умовах *суворої ізоляції* від суспільства. У такій ситуації жорсткість державного примусового впливу на особу може посилитися (позбавлення волі означає «звичайну» ізоляцію, яка при обмеженні волі і того менша) [2, с. 367]. Дійсно, оскільки заміна покарання більш м'яким спрямована на

¹Ці строки не можуть перебільшувати верхню межу, встановлену КК України для відповідного виду покарання. Так, максимальна тривалість виправних робіт – 2 роки (ч. 1 ст. 57), арешту – не більше 6 місяців (ч. 1 ст. 60). Навіть якщо невідбута частина первинно призначеного покарання перевищує зазначені строки, їх збільшення неприпустиме.

поліпшення становища засудженої особи, то виглядає щонайменше некоректним при такій заміні фактично його погіршувати.

Заслугує на увагу ситуація, що склалася і стосовно заміни невідбутої частини покарання виправними роботами. Згідно з ч. 1 ст. 57 КК України це покарання відбувається за місцем роботи засудженого. Однак особа, стосовно якої вирішується питання про застосування ст. 82 КК України, ще не працює встановлено. Аналіз практики правозастосування свідчить, що суди, незважаючи на це, сміливо замінюють обмеження або позбавлення волі виправними роботами.

В одному з небагатьох рішень суду, якими позбавлення або обмеження волі замінювалися виправними роботами, вдалося знайти вказівку на перспективне працевлаштування.

Так, Залізничний районний суд м. Сімферополя Автономної Республіки Крим у постанові від 12.02.2009 р. зазначив, що від ТОВ «Волшебница» в особі його директора надійшов гарантійний лист, в якому він зобов'язується взяти на роботу засудженого після його звільнення від відбування покарання у вигляді позбавлення волі [3].

В інших випадках гарантії того, що після заміни покарання засуджений буде відразу працевлаштований, фактично відсутні. Однозначно це питання потребує більш глибокого та комплексного дослідження.

Як і у разі умовно-дострокового звільнення особи від відбування покарання, застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким вимагає для цього наявності матеріальної та формальної підстав. **Матеріальна підстава** полягає у тому, що засуджена особа, відбуваючи покарання, ще не виправилася, однак уже *стала на шлях виправлення*. Якихось чітких критеріїв, які можна було б покласти в основу рішення суду про те, чи знаходиться засуджений на шляху виправлення чи десь «блукає» далеко від нього, закон не містить. Безумовно, зазначена вимога закону є виключно оціночною й у загальному вигляді може трактуватись як наявність позитивної поведінки засудженого, що обґрунтовано свідчить про успішне протікання процесу виправлення, який ефективно триватиме за умов відбування не первинно призначеного покарання, а інших, більш м'яких, видів покарання. Як зазначають деякі криміналісти, зрушення у поведінці засудженого мають свідчити, що подальше відбування призначеного судом покарання недоцільне, а можливо й шкідливе для повного досягнення мети виправлення особи, і це слід робити в умовах більш м'якого покарання, що буде з вдячністю та відповідально сприйнято засудженим, сприяти скорішому досягненню мети покарання [4, с. 285].

Під позитивною поведінкою, як правило, розуміють нормальний хід відбування пока-

рання, дотримання норм законодавства, правил громадського порядку, відсутність будь-яких стягнень, відповідальне ставлення до праці та навчання, прагнення здобути чи підвищити професійний та освітній рівень, участь у диференційованих програмах виховного впливу тощо. При цьому в адміністрації виправної установи немає повної впевненості щодо остаточного виправлення особи (скажімо, засуджений від початку відбування покарання мав стягнення, а потім неодноразово заохочувався; працював добре, але за об'єктивної можливості міг ще краще). У таких випадках слід уважати, що засуджений ще своє виправлення не довів. До речі, з цих причин *зразкова* поведінка та *сумлінне* ставлення до праці як критерії доведення виправлення, сформульовані законодавцем для умовно-дострокового звільнення від покарання, навряд чи повною мірою можуть вважатися свідченням того, що засуджений *став на шлях виправлення* [5, с. 282].

Для вирішення питання про заміну покарання більш м'яким також важливо враховувати публічне каяття засудженого у вчиненні злочину. На переконання Б. Телефанка, з яким слід погодитися, це пояснюється тим, що «відповідь на питання, чи став засуджений на шлях виправлення, лежить у глибині його психіки і не завжди може мати зовнішній прояв у зразковій поведінці. Така поведінка може бути фальшивою, нещирою» [6, с. 155–156].

Так, Центральний районний суд м. Миколаєва, обґрунтовуючи ухвалені рішення про заміну невідбутої частини позбавлення волі більш м'яким покаранням, справедливо констатував таке: із слів засуджений у скоєному злочині розкаюється [7].

Формальна підстава означає, що для заміни первісно призначеного покарання особа має відбутися його певну частину, яка диференціюється залежно від ступеня тяжкості злочину, форми вини, наявності судимості, а також того факту, що особа раніше умовно-достроково звільнювалася від відбування покарання. Отже, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким застосовується після фактичного відбуття засудженим:

- не менше третини строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, а також за необережний тяжкий злочин;

- не менше половини строку покарання, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, коли особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона була засуджена до позбавлення волі;

- не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за умисний особливо

тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-дostroково та вчинила новий умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

При вирішенні питання про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким щодо засудженого, покарання якому було пом'якшено згідно з актом амністії, помилування або за рішенням суду, фактично відбута частина покарання повинна обчислюватися виходячи з покарання, встановленого актом амністії, помилування або рішенням суду (п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про умовно-дostroкове звільнення від відбування покарання та заміну невідбутої частини покарання більш м'яким» від 26.04.2002 р. № 2).

Відповідно до ч. 5 ст. 82 КК України до осіб, яким покарання замінено більш м'яким, за правилами, передбаченими ст. 81 КК України, може бути застосоване умовно-дostroкове звільнення від відбування покарання. Важливо, щоб при відбуванні заміненого покарання засуджений своєю поведінкою вже довів виправлення.

Так, особи за постановою Літинського районного суду Вінницької області від 26.12.2006 р. невідбута частина покарання у вигляді 5 років 6 місяців позбавлення волі була замінена більш м'яким покаранням – виправними роботами строком на 1 рік 6 місяців 5 днів із відрахуванням 15 % заробітку в прибуток держави щомісячно. 2 червня 2008 р. Замостянський районний суд м. Вінниця, керуючись ст. 81 КК України, застосував щодо цієї особи умовно-дostroкове звільнення від виконання заміненого покарання [8].

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким не є обов'язком суду. Ця міра остаточна та безумовна, адже закон не ставить будь-яких вимог до поведінки засудженого протягом невідбутого ним строку покарання (строку відбування більш м'якого виду покарання). Вона не може бути скасована через порушення режиму відбування більш м'якого покарання, антигромадську поведінку, притягнення до адміністративної відповідальності тощо.

У разі вчинення особою, яка відбуває більш м'яке покарання, нового злочину, суд відповідно до правил ст. 71 і ст. 72 КК України додає до покарання за новий злочин невідбуту частину більш м'якого покарання. Вважаю, що інша ситуація має бути, якщо особа ухиляється від заміненого покарання. Доцільно після притягнення винного до кримінальної відповідальності за ст. 389 або ст. 390 КК України додавати до покарання за ці злочини невідбуту частину не більш м'якого покарання, а того, що призначалося до заміни.

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким має багато спільного з умовно-дostro-

ровим звільненням від відбування покарання, але вони суттєво різняться. Основними відмінностями є:

- заміна покарання більш м'яким можлива при засудженні особи до таких покарань, як обмеження волі або позбавлення волі, а умовно-дostroкове звільнення застосовується при засудженні й до інших видів покарань (виправних робіт, службових обмежень для військовослужбовців, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців);

- на відміну від умовно-дostroкового звільнення, заміна невідбутої частини покарання більш м'яким передбачає менші частини фактично відбутаго покарання (від третини до двох третин), але, як і умовно-дostroкове звільнення, ставить їх у залежність від виду злочину за ступенем тяжкості, форми вини, з якою його вчинено, наявності судимості та попереднього умовно-дostroкового звільнення;

- заміна покарання більш м'яким за своїм змістом є пом'якшенням кримінально-правової репресії (здійснення карального впливу продовжується з меншою інтенсивністю, в умовах відбування іншого, м'якішого, покарання) на відміну від умовно-дostroкового звільнення, яким особа позбавляється взагалі будь-яких обмежень прав і свобод, властивих покаранню.

Найголовніша відмінність умовно-дostroкового звільнення від відбування покарання та заміною невідбутої частини покарання більш м'яким полягає у матеріальній підставі для їх застосування. При умовно-дostroковому звільненні ступінь виправлення особи одна (*засуджений довів своє виправлення*), а при заміні невідбутої частини покарання більш м'яким видом покарання – інша (*засуджений знаходиться на шляху до виправлення*). Доволі часто у правозастосовній практиці відбувається певне отождоження зазначених ступенів виправлення.

Скажімо, 27 березня 2009 р. Залізничний районний суд м. Сімферополя Автономної Республіки Крим замінив засудженому невідбуту частину покарання у вигляді позбавлення волі більш м'яким покаранням – виправними роботами. Ухвалюючи таке рішення, суд констатував, що особа поведінкою та ставленням до праці довела своє виправлення. Втім, для матеріальної підстави заміни покарання більш м'яким достатньо лише становлення особи на шлях виправлення [9].

Напевно ключовою проблемою у цьому зв'язку є відсутність чітких і зрозумілих критеріїв, які б допомагали розмежовувати вимоги закону, покладені в основу застосування умовно-дostroкового звільнення та заміни покарання більш м'яким. Крім того, самі формулювання «довів виправлення» та «став на шлях виправлення» у юридичному контексті виглядають занадто розпливчастими і завжди суб'єктивно забарвленими.

Так, Шосткінський міськрайонний суд Сумської області, приймаючи постанову про заміну покарання на підставі ст. 82 КК України та вмотивовуючи своє рішення, зазначив: засуджений зарекомендував себе добре, порушення режиму відбування покарання та правил внутрішнього розпорядку не допускав, неухильно дотримується загально-прийнятих норм і правил поведінки, сумлінно виконує трудові обов'язки [10].

Не зрозуміло, чому така «феєрична» характеристика поведінки особи свідчить про його становлення на шлях виправлення, а не доведення виправлення з наступним умовно-достроковим звільненням?

Із огляду на викладене вважаємо необхідним формалізувати критерії визначення ступеня виправлення засудженого при умовно-достроковому звільненні та заміні покарання. Як варіант, для цього потрібно розробити закон «Про застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання та заміни невідбутої частини покарання більш м'яким» (як це зроблено щодо амністії), у якому чітко розмежувати два ступеня виправлення: умовно кажучи, перший і другий ступінь виправлення; розробити у зв'язку з цим систему умовних одиниць оцінки виправлення засудженого, за якої йому мають присуджуватися певні бали з урахуванням поведінки у процесі відбування (виконання) покарання. Бали можуть нараховуватися співробітниками кримінально-виконавчих інспекцій та адміністрацій виправних установ за конкретні добрі вчинки: відсутність стягнень, участь у самодіяльності, добросовісне виконання трудових обов'язків тощо.

Висновки

Відповідно до положень чинного кримінального законодавства заміну невідбутої

частини покарання більш м'яким слід uważати особливим різновидом звільнення особи від відбування покарання, який є досить поширеним у сучасній правозастосовній практиці. Така заміна виконує важливу функцію стимулювання засуджених осіб до найскорішого звільнення від відбування суворих видів покарання, значною мірою мотивуючи їх до виправлення. Разом із тим аналіз практики свідчить, що цей інститут потребує подальшого реформування. Зокрема, є необхідність внесення змін і доповнень до ст. 82 КК України з тим, щоб заміна покарання більш м'яким стала максимально ефективною.

Література

1. Фріс П. Л. Кримінальне право України: Загальна частина. – К., 2009. – 512 с.
2. Уголовное право России: Общая часть / Под ред. С. Н. Сабанина. – Екатеринбург, 2001. – 410 с.
3. Архів Залізничного районного суду м. Сімферополь Автономної республіки Крим: Справа № 5-149/09 за 2009 р.
4. Кримінальне право України: Загальна частина / Ю. В. Александров, В. А. Клименко. – К., 2004. – 328 с.
5. Кримінальний кодекс України / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х., 2008. – 1208 с.
6. Телефанко Б. М. Проблеми соціальної адаптації осіб, звільнених з кримінально-виконавчих установ на підставі Закону України про амністію або акта помилування: дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2004. – 237 с.
7. Архів Центрального районного суду м. Миколаїв: Справа № 5-4-6/08 за 2009 р.
8. Архів Замостянського районного суду м. Вінниця: Справа № 5-65/08 за 2008 р.
9. Архів Залізничного районного суду м. Сімферополь Автономної республіки Крим: Справа № 5-327/09 за 2009 р.
10. Архів Шосткінського міськрайонного суду Сумської області: Справа № 5-176/08 за 2008 р.

In the article one of the most widespread in law applying practice kinds of release from punishment, which is change of an unserved term of punishment for less severe, is considered. With regard to the complex analysis of law requirements concerning realization of such a change the author's approach to interpretation of grounds and conditions of the change is formulated, comparison with probation is carried out, propositions for possible ways of improvement of the Criminal Code of Ukraine are offered.

В статье рассматривается один из распространенных в практике правоприменения видов освобождения лица от отбывания наказания – замена неотбытой части наказания более мягким. С учетом комплексного анализа законодательных требований по реализации такой замены предлагается авторский подход к толкованию оснований и условий ее осуществления, проводится сравнение с условно-досрочным освобождением лица от отбывания наказания, высказываются предложения по возможным путям совершенствования Уголовного кодекса Украины.



ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ФАЛЬСИФІКАЦІЮ ВИБОРЧИХ ДОКУМЕНТІВ І ДОКУМЕНТІВ РЕФЕРЕНДУМУ

Інна Берднік,

*здобувачка кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

У статті аналізуються проблеми призначення покарання за фальсифікацію виборчих документів і документів референдуму.

Ключові поняття: покарання, вибори, виборчий документ, референдум, документ референдуму.

Політика держави у боротьбі із злочинністю передбачає комплекс заходів, серед яких основну роль виконують заходи соціального, економічного, політичного, правового, організаційного та культурно-виховного характеру. В системі цих заходів певне місце посідає покарання, воно є необхідним засобом охорони суспільства від злочинних посягань.

За умов недостатньої ефективності соціально-економічних, політичних, культурно-освітніх, організаційно-управлінських та інших перетворень, які відбуваються в Україні, щодо запобігання та протидії злочинним проявам важливу роль у боротьбі із злочинністю продовжують відігравати заходи кримінально-правового характеру, у тому числі покарання, значення якого при цьому визначається не жорсткістю, а невідворотністю та своєчасністю застосування за кожний вчинений злочин.

Інститут покарання спрямований на подальшу гуманізацію системи покарань, забезпечення принципу індивідуалізації покарання та підвищення його ефективності.

Покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.

Метою цієї статті є аналіз проблем призначення покарання за фальсифікацію виборчих документів і документів референдуму. Окремі проблеми висвітлювались у працях П. Андрушка, Н. Коржанського, С. Лихової, О. Маріна, М. Мельника, В. Навроцького, В. Тютюгіна, М. Хавронюка, С. Яценка та ін.

Заслугує на увагу те, що саме види та розміри передбачених нормами Особливої

частини Кримінального кодексу (далі – КК) України санкції виступають критерієм визначення ступеня тяжкості злочинів, їх подальшої класифікації. Згідно із ст. 12 КК залежно від ступеня тяжкості злочинні посягання поділяються на злочини:

- невеликої тяжкості (такими визнаються злочини, за які передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання);

- середньої тяжкості (злочини, за вчинення яких передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше п'яти років);

- тяжкі (за вчинення яких передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше десяти років);

- особливо тяжкі (ними визнаються злочини, за які передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад десять років або довічне позбавлення волі).

Проаналізуємо види покарань, передбачені у санкціях частин 1–3 ст. 158 КК України, та проведемо їх класифікацію за ступенем тяжкості.

Частина 1 ст. 158 КК України передбачає покарання у вигляді штрафу від 200 до 400 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправних робіт на строк до 2 років, або обмеження волі на строк до 3 років, або позбавлення волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років, тобто є злочином середньої тяжкості. Законодавець у цій санкції не передбачив нижчу межу покарання, крім покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Частина 2 ст. 158 КК України передбачає покарання у вигляді штрафу від 300 до 600 неоподатковуваних мінімумів доходів грома-

дзя або обмеження волі на строк від 1 до 4 років, або позбавлення волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років, тобто є злочином середньої тяжкості. Частина 3 ст. 158 КК України передбачає покарання у вигляді обмеження волі на строк від 3 до 5 років, або позбавлення волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 1 до 3 років, тобто є злочином середньої тяжкості.

Отже, законодавець не передбачив у санкціях статті відповідальність за злочин невеликої тяжкості, що не відповідає ст. 12 КК України й об'єктивності каральної політики.

Аналізуючи санкції частин 1–3 ст. 158 КК України, слід розглянути питання про найбільш оптимальні види та конструкції (типи) санкцій, оскільки від виду санкції, чіткості й обґрунтованості її конструкції багато в чому залежить індивідуалізація покарання, можливість диференційованого підходу до осіб, які вчинили вказані злочини.

Питання класифікації санкцій серед науковців є дискусійним. Найбільш поширений поділ санкцій на абсолютно-визначені, відносно-визначені, альтернативні та відсильні. Разом із тим конструювання відносно визначеної санкції, а саме санкції ч. 2 ст. 158 КК, викликає певні зауваження. Зокрема, санкція ч. 2 ст. 158 КК України є відносно визначеною із зазначенням мінімальної та максимальної меж основних покарань. Як мінімальна межа обмеження та позбавлення волі в ній визначено 1 рік, тобто мінімум цих покарань, передбачений у Загальній частині КК України. Відповідно до ч. 2 ст. 158 злочин карається обмеженням волі на строк від 1 до 4 років або позбавленням волі на той самий строк; за ч. 4 ст. 158 КК України встановлене обмеження волі на строк від 1 до 3 років або позбавлення волі на той самий строк.

Очевидно, що вказана санкція сформульована некоректно, адже визначення мінімуму покарання в них є зайвим і не має ніякого значення, бо згідно із статтями 61 та 63 КК України зазначені покарання взагалі не можуть призначатися менше ніж 1 рік. У даному випадку більш правильним є формулювання вказаної санкції як відносно визначеної із зазначенням тільки верхньої межі (максимуму) покарання.

У санкціях частин 1–3 ст. 158 КК України передбачені альтернативні види покарань. Альтернативний характер санкцій дозволяє суду при призначенні покарань якомога ширше застосовувати принципи кримінального права,

враховуючи всі фактичні обставини вчиненого й уникаючи застосування покарань, пов'язаних із позбавленням чи обмеженням волі. Дослідження цих санкцій свідчить, що дані злочини законодавець визнає діяннями невеликої та середньої тяжкості. Це дозволяє йому вводити до їх санкцій покарання, які є альтернативними позбавленню волі, широко застосовувати штраф, виправні роботи, обмеження волі тощо і з огляду на це конструювати не одиничні, а альтернативні санкції, які надають можливості обирати найбільш оптимальну міру покарання з урахуванням конкретних особливостей злочину й особи, яка його вчинила.

У санкціях частин 1–3 ст. 158 КК України досить широко застосовуються не тільки основні, а й додаткові покарання. Відомо, що поєднання в санкції кримінального закону основного та додаткового покарання є одним із ефективних шляхів його індивідуалізації. Застосування додаткових покарань суттєво підвищує попереджувальні можливості покарання, що призначається, підкріплює окремі сторони дієвості основного покарання.

Аналіз законодавства свідчить, що не в усіх випадках законодавець узгоджує санкції з положеннями Загальної частини КК України. У нашому випадку це стосується такого додаткового покарання, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. В частинах 1–3 ст. 158 КК воно визначене як обов'язкове додаткове покарання. Це означає, що суд зобов'язаний його призначати в усіх випадках вчинення злочинів, а відмова від його застосування можлива лише як виняток на підставі ст. 69 КК України. Однак даний вид покарання належить до так званих спеціальних покарань, тобто воно може призначатися судом лише за злочин, який вчиняється у зв'язку із займаною посадою чи зайняттям певною діяльністю. Отже, особа, яка вчиняє ці злочини, повинна бути спеціальним суб'єктом. Однак це не завжди відповідає дійсності. А суб'єкт злочину ч. 1 ст. 158 КК України є загальним, проте в санкціях вказаних статей позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю фігурує як обов'язкове додаткове покарання.

Як справедливо зазначає В. Тютюгін, навіть коли в санкції статті Особливої частини КК України додаткове покарання передбачене як обов'язкове, положення цієї санкції не можуть суперечити приписам тих норм Загальної частини, в яких сформульовані підстави та встановлений порядок призначення відповідних видів покарань. Норми Загальної частини завжди мають пріоритет по від-

ношенню до санкцій статей Особливої частини КК, оскільки останні сконструйовані на їх підставі, відображають приписи цих норм і у зв'язку з цим повинні повністю їм відповідати. Будь-яка санкція статті Особливої частини КК передбачає лише види покарань і встановлює мінімальні і максимальні межі їх призначення, а підстави призначення формулюються у відповідних нормах Загальної частини [1, с. 11].

Ту саму точку зору підтримує і судова практика. Так, у п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» від 24.10.2003 р. № 7 також зазначається, що відповідно до ст. 55 КК позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю застосовується як додаткове покарання лише в тих випадках, коли вчинення злочину було пов'язано з посадою підсудного або зайняттям ним певною діяльністю. Це покарання призначається в межах, установлених санкцією статті (частини статті), за якою підсудний визнаний винним, а якщо воно нею не передбачене – в межах, встановлених ст. 55 КК України. Та обставина, що до постановлення вироку підсудний вже не обіймав посаду або не займався діяльністю, з якими було пов'язано вчинення злочину, не є перешкодою для застосування цього покарання [2, с. 19]. Отже, призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю за злочин, вчинений загальним суб'єктом, суперечить положенням ст. 55 КК України, тобто є безпідставним.

На нашу думку, санкція ч. 1 ст. 158 КК України потребує коригування шляхом вилучення вказаного додаткового покарання із санкції ч. 1 ст. 158. У разі вчинення цього злочину службовою особою закон не забороняє суду застосовувати даний вид покарання на підставі лише ст. 55 КК України.

Дослідження С. Лихової підтверджують висновки М. Мельника. Вона наводить статистичні дані, згідно з якими після парламентських виборів 2002 р. в Україні було порушено 200 кримінальних справ за фактами порушення виборчого законодавства, але до суду дійшли тільки дві справи і лише по одній із них винна особа була реально покарана. За злочини, пов'язані з виборами під час виборів Президента України у 2004 р., справ за неправомірне використання виборчих бюлетенів, фальсифікацію виборчих документів або неправильний підрахунок голосів чи неправильне оголошення результатів виборів (ст. 158 КК) у провадженні судів перебувало

три справи щодо трьох осіб. Із них із постановленням вироку закінчено провадження у одній справі щодо особи, яку засуджено до накладення штрафу в розмірі 510 грн.

Як справедливо вказує В. Тютюгін, відмовитись від призначення обов'язкового додаткового покарання (тобто не призначати його) суд може лише у випадках, передбачених ч. 2 ст. 69 КК України, підстав для застосування якої в конкретній кримінальній справі може і не існувати [3]. Більше того, як впливає із роз'яснень Верховного Суду України, «рішення про позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю має бути чітко сформульоване в резолютивній частині вироку, щоб не виникло жодних сумнівів під час виконання останнього. Якщо в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК зазначено характер посад або вид діяльності, рішення про призначення додаткового покарання, наведене в резолютивній частині вироку, повинно відповідати змісту цієї санкції [2].

За даними С. Лихової, окремі суди саме так і формулюють цей вид покарання. Так, Петрівським районним судом Кіровоградської області (справа № 1-69-2005) була засуджена громадянка С., яка вчинила злочин, юридичний склад якого передбачено в диспозиції ч. 3 ст. 158 КК України. С. була засуджена до 3 років позбавлення волі в кримінально-виконавчій установі із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з проведенням виборів строком на три роки [1].

Враховуючи ступінь тяжкості фальсифікації виборчих документів і документів референдуму, аналіз судової практики, вважаємо за необхідне в санкції ч. 1 ст. 158 КК України покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 1 до 3 років замінити покаранням у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 1 до 2 років; у санкції ч. 2 ст. 158 КК покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 1 до 4 років замінити покаранням у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 1 до 3 років; у санкції ч. 3 ст. 158 КК покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 3 до 5 років замінити покаранням у вигляді обмеження або позбавлення волі на строк від 2 до 4 років.

Дослідження проблем призначення покарання за фальсифікацію виборчих документів і документів референдуму дозволяє зробити такі **висновки**:

ми можемо спостерігати, що законодавець у ч. 1 ст. 158 КК України не передбачив нижчу межу покарання, крім покарання у ви-

гляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;

законодавець не передбачив у санкціях статті відповідальність за злочин невеликої тяжкості, що не відповідає ст. 12 КК України й об'єктивності каральної політики;

конструювання відносно санкції ч. 2 ст. 158 КК викликає певні зауваження. Зокрема, санкція ч. 2 ст. 158 КК є відносно визначеною із зазначенням мінімальної та максимальної меж основних покарань. Однак як мінімальна межа обмеження та позбавлення волі в ній вказаний один рік, тобто мінімум цих покарань, передбачений у Загальній частині КК України. Відповідно до ч. 2 ст. 158 злочин карається обмеженням волі на строк від 1 до 4 років або позбавленням волі на той самий строк; за ч. 4 ст. 158 КК встановлене обмеження волі на строк від 1 до 3 років або позбавлення волі на той самий строк. Вказана санкція сформульована некоректно, адже визначення мінімуму покарання в них є зайвим і не має ніякого значення, бо згідно із статтями 61 та 63 КК вказані покарання взагалі не можуть призначатися менше ніж 1 рік. У даному випадку більш правильним є формулювання зазначеної санкції як відносно визначеної із зазначенням лише верхньої межі (максимуму) покарання.

Аналіз законодавства свідчить, що не в усіх випадках законодавець узгоджує санкції з положеннями Загальної частини КК. У нашому випадку це стосується такого додаткового покарання, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. В частинах 1–3 ст. 158 КК воно визначене як обов'язкове додаткове покарання. Це означає, що суд зобов'язаний його

призначати в усіх випадках вчинення цих злочинів, а відмова від його застосування можлива лише як виняток, на підставі ст. 69 КК. Однак даний вид покарання належить до так званих спеціальних покарань, тобто воно може призначатися судом лише за злочин, який вчиняється у зв'язку із займаною посадою чи зайняттям певною діяльністю. Отже, особа, яка вчиняє ці злочини, повинна бути спеціальним суб'єктом. Однак це не завжди відповідає дійсності. А суб'єкт злочину за ч. 1 ст. 158 КК є загальним, однак в санкціях вказаних статей позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю фігурує як обов'язкове додаткове покарання. Отже, призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю за злочин, вчинений загальним суб'єктом, суперечить положенням ст. 55 КК, тобто є безпідставним.

На нашу думку, санкція ч. 1 ст. 158 КК потребує коригування шляхом вилучення вказаного додаткового покарання з санкції ч. 1 ст. 158 КК. У разі вчинення цього злочину службовою особою закон не забороняє суду застосовувати даний вид покарання на підставі лише ст. 55 КК України.

Література

1. Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України). – К., 2006.
2. Цветинович А. Л. Дополнительные наказания: функции, система, виды. – Куйбышев, 1989.
3. Тютюгин В. И. Соотношение норм Общей части УК Украины о наказании и санкции статей Особенной части // Проблемы законности. – 2006. – № 78. – С. 107–109.

The aim of the article is the investigation and analysis of the problems of penalty infliction for the falsification of election and referendum documents.

В статье анализируются проблемы назначения наказания за фальсификацию избирательных документов и документов референдума.



ДЕТЕРМІНАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ПОРУШЕННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БЮДЖЕТНУ СИСТЕМУ УКРАЇНИ

Вікторія Руфанова,

*ад'юнкт кафедри кримінального права та кримінології
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

У статті досліджуються соціально-економічні, правові, політичні, організаційно-управлінські причини й умови, що зумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства про бюджетну систему України.

Ключові слова: причина, умова, законодавство про бюджетну систему.

Указом Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 11.09.2009 р. «Про стан злочинності у державі та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції» від 27.10.2009 р. № 870/2009 визначено, що одним із завдань, які ставляться перед МВС України є здійснення заходів щодо створення бази даних, що впливають на стан злочинності, системи моніторингу, оперативного та стратегічного аналізу криміногенної ситуації. У зв'язку з цим пріоритетом у діяльності підрозділів органів внутрішніх справ (далі – ОВС) є виявлення криміногенних факторів, що впливають на зміну рівня та структури злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України. Адже для того, щоб ефективно протидіяти цим злочинам, необхідно зрозуміти чому вони вчиняються, дослідити процеси й явища, які їх породжують, зумовлюють і супроводжують.

Слід зазначити, що обґрунтуванню та теоретичному розробленню проблем причин та умов економічної злочинності присвятили наукові праці вітчизняні вчені І. Даньшин, В. Коваленко, О. Кальман, В. Попович, Є. Стрельцов. Досліджували причини й умови вчинення певних видів злочинів у бюджетній сфері А. Баб'як, Н. Гуторова, А. Некрасов, Д. Никифорчук, В. Ортинський.

Интерес до проблеми детермінації злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, виник недавно. На нашу думку, це пояснюється кризовим станом і глибоким занепадом сфери використання бюджетних коштів у країні.

Метою цієї статті є встановлення причин та умов, що зумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства про бюджетну систему України.

Переходячи безпосередньо до характеристики причин та умов вчинення злочинів, зазначимо, що у науковій статті терміни «детермінанти», «причини й умови», «фактори», «чинники» будемо використовувати як тотожні. Заслуговує на увагу те, що перелік усіх причин та умов дати неможливо, оскільки негативні фактори, які створюють передумови для вчинення злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства про бюджетну систему України, є практично в усіх сферах життєдіяльності суспільства, його інститутів, соціальних груп, окремих осіб [1, с. 57]. Ми приділятимемо увагу тим криміногенним факторам, які справляють визначальний вплив на криміналізацію сфери використання бюджетних коштів. Це, зокрема, соціально-економічні, правові, політичні, організаційно-управлінські фактори, а також недоліки в діяльності правоохоронних органів.

Основний вплив на детермінацію злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, справляють *соціально-економічні фактори*. Саме вони є ядром даного виду злочинів, оскільки формують корисливу мотивацію злочинців [1, с. 56]. Так, у 2009 р., коли економіка країни знаходилася у гострому кризовому стані, а державний бюджет прийнятий із дефіцитом 31 105 000 тис. грн, підрозділи контролю-ревізійної служби України (далі – КРСУ) виявили витрати фінансових і матеріальних ресурсів, на загальну суму 3435538,78 тис. грн. Зокрема, з порушенням бюджетного законодавства незаконно проведені витрати на суму 1976554,39 тис. грн, з яких 942362,56 тис. грн (47,67 %) – у бюджетних установах та 14 869,33 тис. грн (0,75 %) – у державних цільових фондах. Того ж року, органи КРСУ виявили 313 064,53 тис. грн нецільових витрат бюджетних коштів, з яких 283499,34 тис. грн (90,5 %) – вчинені у бюджетних установах та 75,49 тис. грн – у державних цільових

фондах [2]. Також, у 2009 р. працівниками органів внутрішніх справ (далі – ОВС) зареєстровано 1264 (на 14,3 % перевищує показник 2008 р.) злочини, вчинені з використанням бюджетних коштів. Крім того, упродовж 2009 р. та першого кварталу 2010 р. працівниками органів прокуратури до суду направлено 1,3 тис. кримінальних справ за фактами вчинення злочинів у бюджетній системі [3, с. 4].

На нашу думку, ситуація у бюджетній сфері, що склалася, певним чином зумовлена відсутністю єдиної концепції державної політики щодо економічного розвитку країни, яка б інтегрувала основні напрями розвитку, механізм реалізації, дієву систему стимулювання, контролю та відповідальності.

О. Бандурка зазначає, що економічна злочинність змінює свій якісний склад відповідно до тих змін, які відбуваються у легальному секторі економіки [4, с. 3]. Заслугує на увагу той факт, що найбільша кількість зловживань спостерігається з бюджетними коштами, які виділяються для підтримки пріоритетних напрямів вітчизняної економіки. Це, зокрема, аграрний сектор, паливно-енергетичний комплекс, житлово-комунальне господарство тощо.

Простежується чітка закономірність і залежність якісних змін у злочинності відповідно не лише до державного фінансування окремих галузей економіки, а й надання фінансової підтримки регіонам. Так, у 2009 р. найбільше зловживань із бюджетними коштами було виявлено у Дніпропетровській, Донецькій, Луганській, Одеській, Кіровоградській і Харківській областях. Цю закономірність можна пояснити психологічним фактором, який має корисливе забарвлення: володіючи інформацією про обсяги бюджетного фінансування тих чи інших бюджетних програм, отримувачі прагнуть незаконно заволодіти бюджетними коштами.

Ускладнює бюджетну політику проблема мобілізації коштів до бюджету для виконання державою своїх функцій і зобов'язань, що загострює проблему дефіциту бюджету. Так, дефіцит державного бюджету за останні 5 років збільшився майже у 5 разів. Це зумовило інфляцію, яка досягла свого апогею у 2009 р. Саме інфляція веде до економічної нестабільності та знецінення національної валюти. Існування бюджетного дефіциту є результатом непродуманої політики та низької ефективності управління бюджетним процесом.

Серед широкого спектра факторів економічного характеру, які суттєво вплинули на рівень, динаміку та структуру злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України можемо виділити такі:

- падіння валового внутрішнього продукту (далі – ВВП). У 2009 р. показник ВВП знизився на 15,1 % у порівнянні з 2008 р.;

- зниження рівня матеріального забезпечення населення. Невідповідність рівня матеріального забезпечення службовців та їх життєвих потреб призводить до корисливої мотивації державних службовців під час розподілу та використання бюджетних коштів [5, с. 159];

- зростання рівня безробіття. Так, кількість зареєстрованих безробітних на 01.05.2010 р. досягає 23,3 % всіх безробітних працездатного віку. Серед них 10,7 % втратили роботу саме з економічних причин;

- зростання загальної суми заборгованості з виплати заробітної плати. Якщо у 2008 р. вона становила 668,7 млн грн, то у 2009 р. – 1 188,7 млн грн [6];

- існування «тіньового» сектора економіки, який охоплює майже всі сфери життєдіяльності країни та забезпечує своє функціонування переважно через створення фіктивних фірм, використання підставних осіб, проведення безтоварних операцій;

- відсутність економічно обґрунтованого та законодавчо регламентованого механізму надання фінансової підтримки за рахунок бюджетних коштів тощо.

Відомо, що для будь-якої країни ефективність боротьби із злочинністю визначається значною мірою якістю законодавства, що є сутнісною складовою державної політики такої боротьби [7, с. 14]. Якщо норми чинного законодавства не відображають потреб об'єктивної дійсності, вони замість того, щоб бути регулятором суспільних відносин, перетворюються на чинники, які провокують різного роду правопорушення. Тому надзвичайно актуальним є дослідження *правових факторів, які зумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України*. До них віднесемо такі:

- недосконалість норм бюджетного законодавства;

- залишається не прийнятим проект Закону України «Про державний контроль за дотриманням бюджетного законодавства та про відповідальність за бюджетні правопорушення», реєстр. № 3242 від 17.03.2003 р.;

- відсутність чіткого законодавчого визначеного переліку діянь, які слід вважати нецільовим використанням бюджетних коштів;

- недосконалість норм Кримінального кодексу України (статті 210, 211), яким передбачена кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України;

- відсутність на законодавчому рівні чіткого розмежування делегованих і власних бюджет-

них повноважень місцевих органів влади під час планування та виконання місцевих бюджетів [8, с. 8];

- відсутність законодавчо закріпленої методики розрахунку обсягів міжбюджетних трансфертів, тобто дотацій вирівнювання, тощо.

Потребують з'ясування *політичні детермінанти, що зумовлюють вчинення злочинів у бюджетній системі*. Через політичні протистояння та боротьбу за владу не забезпечується ефективне планування видатків бюджету. Можновладці, лобіюючи власні інтереси, передбачають більший обсяг видатків, який є вигідним для них, а не керуються потребами держави. Така ситуація є ознакою безвладдя та виступає умовою вчинення інших злочинів.

До політичних факторів, які сьогодні зумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, віднесемо такі:

- прорахунки в політиці реформування української держави та суспільства (помилкова ідеологія реформ);

- нестабільність існуючих політичних інститутів;

- нерішучість і непослідовність у проведенні суспільних перетворень, безсистемне та нерішуче впровадження демократичних заasad у різні сфери суспільного життя;

- відсутність ефективного парламентського контролю за діяльністю вищих посадових осіб виконавчої гілки влади, у тому числі керівників правоохоронних і контролюючих органів;

- відсутність необхідної політичної волі та бажання щодо системної протидії злочинам у бюджетній та службовій сферах, що зумовлюється особистими корисними інтересами [9, с. 189];

- відсутність єдиної скоординованої політики запобігання злочинності;

- незабезпеченість з боку уряду позитивного балансу доходів і витрат громадян країни;

- розбіжності у політичних інтересах представників різних гілок влади як на державному, так і на місцевому рівнях;

- депутатська недоторканність тощо.

До організаційно-управлінських детермінант вчинення злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства про бюджетну систему України, можемо віднести:

- достатньо широкі повноваження службових осіб із розподілення бюджетних коштів, рішення про виділення бюджетних коштів приймаються службовою особою одноособово. Крім того, бюджетні кошти виділяються без забезпечення гарантій їх повернення, а також під мінімальний процент або взагалі

без процентів; витрачання бюджетних позичок службовими особами органів влади на власні потреби [10, с. 76];

- відсутність дієвого контролю за витрачанням бюджетних коштів і поверненням державних цільових позик;

- неврахування державними підприємствами можливостей зменшення витрат або отримання додаткових доходів під час складання кошторисів;

- не забезпечується реалізація програмно-цільового методу, тобто спрямування державної фінансової підтримки відбувається за відсутності чітких критеріїв її надання, без передбачення конкретних результатів [11];

- недостатній рівень компетентності працівників КРС, низький рівень контролю за діяльністю підлеглих;

- внаслідок того, що головні розпорядники бюджетних коштів не володіють у повному обсязі інформацією про мережу підпорядкованих розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, не забезпечується обґрунтоване виділення асигнувань [11, с. 53];

- відсутність контролю за достовірністю обрахунку підрядними організаціями вартості або обсягів виконання ремонтно-будівельних робіт;

- не врахування при затвердженні кошторисів наявності дебіторської заборгованості установ, що утримуються за рахунок коштів державного бюджету;

- недоліки у підборі керівних кадрів. Це пов'язано з тим, що на керівні посади особи приймаються за «домовленістю» або за матеріальну винагороду;

- корумпованість високопосадових осіб бюджетних установ, які наділені правом розподілу та використання бюджетних коштів, у наслідок чого виникають злочинні домовленості щодо завищення вартості й обсягів виконаних робіт між розпорядниками бюджетних коштів і керівниками підрядних організацій;

- пільговий режим бюджетного фінансування вищих органів державної влади – розпорядників бюджетних коштів (уряд, міністерства, відомства, управління) тощо [12, с. 10].

Наступну групу детермінант утворюють недоліки у діяльності правоохоронних органів щодо запобігання злочинам, пов'язаним із порушенням законодавства про бюджетну систему України. До них віднесемо такі:

- недосконалість механізмів координації та взаємодії правоохоронних органів під час виявлення злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства про бюджетну систему України;

- відсутність дієвих методик виявлення фактів порушення законодавства про бюджетну систему;

- недостатній рівень компетентності працівників через відсутність у них економічної освіти та ґрунтовних знань бюджетного законодавства. Більшість правоохоронців мають переважно юридичну освіту та є спеціалістами у галузі юриспруденції, але специфіка злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, вимагає знання бухгалтерського обліку, відомчих документів, які регламентують фінансово-господарську діяльність установ тощо;

- нежиття достатніх заходів, спрямованих на відшкодування завданих державі збитків;

- гонитва за кількісними показниками, у процесі якої втрачається якість цієї діяльності. Як правило, це зумовлено тим, що у статистичних обліках правоохоронних органів відображається кількість виявлених злочинів, а не попереджених. Це не стимулює працівників правоохоронних органів до запобігної діяльності щодо таких злочинів.

Викладене дозволяє зробити висновок, що визначальний вплив на вчинення злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, справляють фактори соціально-економічного, правового, політичного характеру, а також організаційно-управлінські детермінанти та недоліки в діяльності правоохоронних органів.

Висвітлені нами причини й умови в загальному характеризують систему детермінант злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України. В подальшому, з урахуванням специфіки визначеного детермінаційного комплексу, буде запропонована теоретична модель системи заходів запобігання цим злочинам. Однак, зважаючи на багатогранність і важливість проблеми детермінації злочинності, мінливість у часі та просторі передумов цих злочинів, залишається перспективним подальше дослідження причин та умов, які зумовлюють вчинення злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України.

This article investigates the socio-economic, legal, political, organizational and managerial reasons and conditions that lead to crimes related to violations of legislation on the budget system of Ukraine.

В статье исследуются социально-экономические, правовые, политические, организационно-управленческие причины и условия, которые обуславливают совершение преступлений, связанных с нарушением законодательства о бюджетной системе Украины.

Література

1. Макаров А. В. Преступность в бюджетной сфере: понятие, тенденции, предупреждение: Дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2005. – 399 с.
2. Звіт Рахункової палати України за 2009 рік / Рахункова палата України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ac-rada.gov.ua>.
3. Медведько О. Із виступу на колегії Генеральної прокуратури України з питань дотримання бюджетного законодавства та прокурорського нагляду у цій сфері 28 травня 2010 року // Вісник прокуратури. – 2010. – № 6. – С. 3–7.
4. Бандурка О. М. Чинники, що впливають на стан злочинності у сфері економіки // Шлях України до економічної безпеки: Матеріалами наук.-практ. конф., Харків, 16–17 квітня. 2007 р. – Х., 2004. – С. 3–7.
5. Гладун О. З. Детермінанти злочинів проти порядку виконання бюджету // Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4. – С. 156–162.
6. Дані щодо заборгованості із заробітної плати / Держ. ком. статистики України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>.
7. Борисов В. І. Дослідження інститутом вивчення проблем злочинності АПРН України якості законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріалами наук. конф., Харків, 15 травня 2009 р. – Х., 2009. – 304 с.
8. Про результати аналізу формування і надання з державного бюджету України місцевим бюджетам трансфертів та стану міжбюджетних розрахунків у 2003–2004 роках. – К., 2004. – Вип. № 16.
9. Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії). – К., 2004. – 400 с.
10. Кравчук С. Й. Економічна злочинність в Україні. – К., 2009. – 282 с.
11. Про стан фінансово-бюджетної дисципліни, заходи щодо посилення боротьби з корупцією та контролю за використанням державного майна і фінансових ресурсів: Постанова Кабінету Міністрів України від 26.11.2006 р. № 1673 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 49.
12. Тігова Т., Осипчук Л. До питання удосконалення бюджетних взаємовідносин // Фінансове право. – 2002. – № 9. – С. 109–110.



ОБЕСПЕЧЕНИЕ БЕЗОПАСНОСТИ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА: анализ Уголовно-процессуального кодекса Беларуси, России и Украины

Леонид Брусницын,

*д-р юрид. наук,
профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса юридического факультета
Московского государственного индустриального университета*

В статье рассматриваются основания применения мер, обеспечивающих безопасность участников процесса, исследуются вопросы реализации этих мер, в том числе вопросы, требующие решения на законодательном уровне.

Ключевые слова: безопасность участников уголовного процесса, псевдонимы в уголовном процессе Беларуси, России и Украины.

Распространение *посткриминального воздействия*¹ обусловило включение в уголовно-процессуальные кодексы европейских стран, в том числе Беларуси, России и Украины² мер безопасности, направленных на защиту участников уголовного процесса от такого воздействия.

Основания применения мер безопасности, установленные в УПК Беларуси и России, одинаковы: эти меры применяются при наличии достаточных данных о том, что участникам уголовного процесса и близким им лицам *угрожают* убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением имущества, другими противоправными деяниями (ч. 7 ст. 10 УПК РБ; ч. 3 ст. 11 УПК РФ).

При текстовом (грамматическом) толковании приведенной формулировки применение мер безопасности невозможно предотвратить посткриминальное воздействие, его можно лишь пресечь, например нельзя предотвратить угрозу убийством, можно лишь предотвратить само убийство; нельзя применить меры безопасности даже при убийстве одного из свидетелей для защиты других, если в отношении них угрозы не высказываются. Выход в *распространительном* толкова-

нии приведенной нормы, когда ее содержание понимается несколько шире, чем словесная формулировка. Это позволяет защищать участников процесса при наличии достаточных данных о том, что им не только угрожают, но и могут угрожать какими-либо деяниями с целью заставить отказаться от осуществления уголовно-процессуальных прав и обязанностей либо из мести за их осуществление.

Иначе основания применения мер безопасности урегулированы в ст. 52¹ УПК Украины, которая гласит: участники процесса «при наличии реальной угрозы их жизни, здоровью, жилищу или имуществу имеют право на обеспечение безопасности», т. е. их защита не обусловлена высказываемыми угрозами, но при этом угроза должна быть «реальной». Однако международно-правовые акты ориентируют на необходимость предотвращения не только реальных, но и возможных угроз. В частности, в Приложении к принятой в 1997 г. Советом Европы Рекомендации № R (97) 13 «По вопросу запугивания свидетелей и обеспечения прав защиты» указывается, что запугивание означает любую прямую, непрямую или потенциальную угрозу свидетелю, включает в себя и запугивание, ставшее возможным благодаря самому факту существования преступной организации, имеющей репутацию организации, способной мстить. Очевидно, это должно учитываться в национальном законодательстве.

Чрезмерная узость оснований применения мер безопасности выражена и в перечне деяний, угроза которых позволяет использовать эти меры. В качестве таковых установлена угроза *противоправных* деяний, которые в России к тому же должны быть еще и

¹Это выраженное в запрещенных уголовным законом и в иных деяниях воздействие преступников и других лиц в отношении жертв, очевидцев преступлений и иных граждан, способных оказать содействие, содействующих или оказавших содействие уголовному правосудию, в целях: принудить граждан отказаться от намерения содействовать правосудию либо прекратить это содействие, а также из мести за оказанное содействие правосудию.

²При подготовке статьи использованы: Уголовно-процессуальный кодекс (далее – УПК) Республики Беларусь, УПК Украины, УПК Российской Федерации.

«опасными»¹. Однако нередко угрозы запрещенных уголовным законом деяний не высказываются, а свидетелю или потерпевшему, например, дают понять, что известны места учебы их детей. Представляется, что изложенное свидетельствует о необходимости корректировки оснований применения мер безопасности.

Существенное значение имеет *статус* обеспечения безопасности участников процесса. В двух кодексах оно отнесено к *принципам* судопроизводства (ч. 7 ст. 10 УПК РБ; ч. 3 ст. 11 УПК РФ). Статья украинского Кодекса, получившая название «Обеспечение безопасности лиц, принимающих участие в уголовном судопроизводстве» и соответствующее содержание, с полным правом также могла быть помещена в главу 1 «Основные положения» УПК Украины². Впрочем, национальные правовые доктрины не исключают оценку каких-либо установлений в качестве принципов (основных положений) уголовного процесса при их невключении в главы кодексов, посвященных принципам.

Следует отметить, что соблюдение рассматриваемого принципа, как и любого другого, зависит от наличия в законе, помимо собственно его, принципа формулировки, иных процессуальных норм, направленных на его реализацию. Это и указание в статьях, закрепляющих основные права участников процесса, на право осуществлять процессуальную деятельность в безопасных условиях, чем обеспечивается своевременное ознакомление с данным правом – в рамках разъяснения гражданину процессуальных прав при вовлечении его в любой статус в уголовно-процессуальную деятельность. Это предпринято в Беларуси³ и Украине⁴ в отношении всех участников процесса кроме защитника (ст. 48 УПК РБ и ст. 48 УПК Украины) и понятого (ст. 64 УПК РБ), хотя эти лица также могут подвергаться посткриминальному воздействию.

В российском УПК предусмотрено лишь право ходатайствовать о применении мер безопасности, причем только среди прав потерпевшего (п. 21 ч. 2 ст. 42) и свидетеля (п. 7 ч. 4 ст. 56). Безусловно, в правоприменении этот недостаток должен компенсироваться за

счет ч. 3 ст. 11 УПК РФ, в которой идет речь о применении мер безопасности и в отношении «иных» участников процесса, а также ч. 1 ст. 119 УПК РФ, которая гласит, что правом на заявление ходатайств о принятии процессуальных решений для «обеспечения прав и законных интересов» обладают также: подозреваемый, обвиняемый, его защитник, эксперт, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители. Правда, в этой статье законодатель «забыл» указать специалиста, переводчика, понятых и участвующих в уголовном процессе педагога и психолога.

Помимо рассматриваемого права кодексы должны содержать и корреспондирующую ему *обязанность* лиц, осуществляющих производство по делу, обеспечить безопасность участников процесса. Такая обязанность установлена в ч. 1 ст. 65, ч. 1 ст. 73 УПК Беларуси и в ч. 3 ст. 52¹ УПК Украины. Часть 3 ст. 11 УПК РФ содержит довольно аморфное указание на то, что лица, осуществляющие производство по делу, меры безопасности «принимают в пределах своей компетенции».

Следующая характеристика принципов уголовного процесса – их действие во *всех* судопроизводственных стадиях или хотя бы в большинстве их. В УПК России, несмотря на придание безопасности участников процесса статуса принципа, ничего не предпринято для его реализации в стадии возбуждения уголовного дела: псевдоним не может использоваться в заявлении гражданина о преступлении, в объяснениях иных граждан в этой стадии, в постановлении о возбуждении уголовного дела. Другие кодексы позволяют это: согласно ч. 1 ст. 52³ и ч. 3 ст. 97 УПК Украины «ограничение сведений о лице, подлежащем защите», возможно как в стадии досудебного (предварительного) следствия, так и в стадии возбуждения уголовного дела: в заявлениях граждан о преступлениях, объяснениях этих лиц и в иных «материалах проверки». В Беларуси то же возможно на основании ч. 1 ст. 67 и ч. 6 ст. 168 УПК.

Общий для кодексов недостаток – в них нет норм, обеспечивающих безопасность потерпевших, участвовавших под псевдонимом в досудебном производстве и в суде первой инстанции, при производстве по делу в *кассационной* и *надзорной*⁵ инстанциях – как

¹При этом в российском законодательстве нет ни перечня, ни определения «опасных противоправных деяний».

²Ст. 52¹ в главе 3 «Участники процесса, их права и обязанности» УПК Украины.

³Пункт 11 ч. 2 ст. 41, п. 10 ч. 2 ст. 43 и др. статьи УПК РБ.

⁴Часть 2 ст. 43, ч. 2 ст. 43¹, ч. 3 ст. 49, ч. 2 ст. 50 и др. статьи УПК Украины.

⁵В Украине аналог надзорного производства – *пересмотр судебных решений в порядке исключительного производства* по основаниям, предусмотренным п. 2 ч. 1 ст. 400⁴ УПК Украины. Далее, для краткости, будем использовать только один термин: надзорное производство.

при подаче потерпевшими соответствующих жалоб, так и при их участии в этих стадиях в связи с жалобами и представлениями (протестами) других участников процесса.

Переходя к конкретным мерам безопасности, начнем с *псевдонима*. О хранении постановления об использовании псевдонима: согласно ч. 9 ст. 166 УПК РФ оно хранится в опечатанном конверте, приобщенном к делу. Иначе вопрос решен в Беларуси. Там постановление хранится не при деле, а у прокурора, осуществляющего надзор за следствием, причем по правилам секретного делопроизводства (ч. 1 ст. 67 УПК РБ). Согласно ч. 1 ст. 52² УПК Украины указанное постановление также к материалам дела не прилагается, а хранится отдельно в органе, в производстве которого находится уголовное дело. Правда, в отличие от Беларуси, подлинные сведения о защищаемом лице в Украине и России отнесены лишь к «информации с ограниченным доступом». Предпочтительными представляются белорусский и украинский варианты хранения постановления, поскольку позволяют предотвращать случаи, подобные тому, что произошел в России: конверт с указанным постановлением был приклеен к внутренней стороне обложки уголовного дела; после его поступления в суд защитник заявила ходатайство о дополнительном ознакомлении с делом, в ходе которого вскрыла конверт.

Отличием УПК Украины является норма, предусмотренная для ситуации, когда в отношении человека, допрошенного без псевдонима, позже возникла угроза посткриминального воздействия: согласно ч. 1 ст. 52³ УПК Украины в этом случае из дела изымаются все документы, содержащие подлинные сведения о нем и «хранятся отдельно, а к материалам дела прилагаются копии этих документов с заменой настоящей фамилии псевдонимом»¹. Решение подобной ситуации в Беларуси и России не предусмотрено.

Следующий аспект – перечень процессуальных действий, в протоколах которых допустимо использовать псевдонимы. Кодексы

Беларуси (ч. 1 ст. 67) и России (ч. 9 ст. 166) не содержат каких-либо перечней, а в ч. 1 ст. 85 УПК Украины использование псевдонимов ограничено протоколами действий, предусмотренных статьями 95 (заявление о преступлении), 96 (явка с повинной), 107 (допрос подозреваемого), 145 (допрос обвиняемого), 170 (допрос свидетеля), 171 (допрос потерпевшего), 173 (очная ставка), 176 (предъявление для опознания). Однако предоставление потерпевшему или свидетелю псевдонима повлечет необходимость его использования и в других протоколах: освидетельствования, воспроизведения обстановки и обстоятельств события и т. д. Очевидно, не следует ограничивать использование псевдонима каким-либо перечнем процессуальных действий, отличным от возможных в рамках кодекса.

Кроме того, представляется обоснованным указание в ч. 1 ст. 67 УПК РБ на возможность использования псевдонимов не только в протоколах действий, но и в «иных документах», что необходимо, например, в постановлении о признании потерпевшим, о назначении в отношении потерпевшего экспертизы и др. Позитивным отличием УПК РБ является и то, что согласно ч. 2 ст. 67 человек, скрываемый под псевдонимом, может участвовать в следственных действиях «вне визуальной видимости» других лиц не только в ходе судебного заседания, но и в рамках предварительного расследования. В досудебном производстве это делает легитимным не только опознание в условиях, когда опознаваемый не видит опознающего, скрываемого под псевдонимом (что допускают все кодексы), но и проведение в таких же условиях некоторых других следственных действий, например очной ставки.

Все кодексы допускают допрос лица под псевдонимом при разрешении уголовного дела судом первой инстанции (ч. 5 ст. 330 УПК РБ, ч. 1 ст. 277 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ, части 6 и 7 ст. 303 УПК Украины). Однако в последнем кодексе такой допрос детализирован в большей степени. Предусмотрены: право участников процесса не только услышать показания лица, допрашиваемого под псевдонимом, но и задавать ему вопросы и выслушивать ответы на них (части 6 и 10 ст. 303 УПК Украины); возможность использования акустических помех при угрозе идентификации допрашиваемого по голосу (ч. 7 ст. 303)²; возможность удаления подсудимого

¹В Польше несколько иной порядок: протокол допроса свидетеля, допрошенного до возникновения угрозы посткриминального воздействия под настоящей фамилией, при возникновении такой угрозы изымается из уголовного дела, а свидетель допрашивается вновь – уже под псевдонимом. Украинский вариант оптимален в тех случаях, когда содержание показаний защищаемого лица не позволяет идентифицировать его. Если же по содержанию показаний можно установить его личность, необходим польский вариант решения вопроса, позволяющий при повторном допросе защищаемого лица не фиксировать информацию, «выводящую» на его личность.

²Это же предусматривает ч. 3 ст. 68 УПК Беларуси, но в более удачной формулировке: допрос защищаемого производится «с использованием видеотехнических средств, обеспечивающих его неузнаваемость».

на время допроса защищаемого лица, если допрос последнего с использованием технических средств невозможен (ч. 8 ст. 303).

Еще одна специфическая черта украинского Кодекса – прямой запрет в пунктах 4 и 5 ч. 1 ст. 69 на допрос свидетеля, дающего показания под псевдонимом, о его действительных данных, а также других лиц, располагающих сведениями о свидетеле. В целях безопасности свидетелей и потерпевших в исключительных случаях допускается и оглашение их показаний, данных в досудебном производстве, без вызова этих лиц в суд (ч. 2 ст. 290, ч. 2 ст. 292, п. 3 ч. 1 ст. 306, ст. 308 УПК Украины). То же возможно на основании частей 1 и 2 ст. 68, п. 3 ч. 1 ст. 333 УПК Белоруси, причем для большего круга лиц: в него включены также гражданский истец, эксперт, представители потерпевшего и гражданского истца.

Российский УПК не предусматривает оглашение в суде показаний кого бы то ни было из соображений безопасности, хотя это признано допустимым Европейским судом по правам человека (далее – ЕСПЧ) при условии, что сторона защиты в рамках досудебного производства имела возможность задать вопросы защищаемому непосредственно либо через лицо, осуществляющее производство по делу¹.

Возвращаясь к теме псевдонимов, следует отметить, что в кодексах не учтена позиция ЕСПЧ, выраженная в ряде его решений и заключающаяся в запрете постановления обвинительного приговора *только* или в *решающей степени* на основании показаний, данных под псевдонимом или, по принятой ЕСПЧ терминологии, на основании показаний «анонимных свидетелей»².

Одно из условий успешного использования псевдонима – исключение несанкционированного доступа к скрываемым им сведениям. Во избежание этого ч. 1 ст. 256 и ч. 1 ст. 257 УПК Белоруси предусматривают: постановление, содержащее подлинные сведения о защищаемом лице, не предъявляется при ознакомлении с делом потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям, обвиняемому и защитнику. То же возможно на основании ч. 4 ст. 217 и ч. 5 ст. 218 УПК Украины, ч. 2 ст. 216 и ч. 1 ст. 217 УПК РФ. Кроме того,

два кодекса содержат дополнительные и, по нашему мнению, необходимые нормы:

- в УПК Белоруси запрет на ознакомление с подлинными сведениями о защищаемых лицах указан в статьях, посвященных правам и обязанностям обвиняемого (п. 16 ч. 2 ст. 43), защитника (п. 11 ч. 1 ст. 48), потерпевшего (п. 9 ч. 1 ст. 50), гражданского истца (п. 8 ч. 1 ст. 53), гражданского ответчика (п. 9 ч. 1 ст. 55) и их представителей (п. 12 ч. 1 ст. 57, п. 10 ч. 1 ст. 59), причем независимо от того, чем закончилось предварительное расследование: прекращением дела или его направлением прокурору, а затем в суд;

- вместо подлинных сведений о защищаемом вымышленные сведения о немследователь указывает в списке лиц, подлежащих вызову в судебное заседание (ч. 3 ст. 262 УПК РБ, ч. 2 ст. 224 УПК Украины);

- в ч. 2 ст. 255 УПК Украины установлен запрет на ознакомление с подлинными сведениями при производстве по делу в *суде первой инстанции* (что должно ориентировать судей на принятие соответствующих мер).

Что касается использования псевдонимов при производстве по делу в *кассационной* и *надзорной* инстанциях, то в отношении скрываемого под псевдонимом свидетеля кодексы не предусматривают возможности раскрытия его подлинных данных в этих инстанциях. Не могут быть раскрыты и подлинные сведения о потерпевшем, если речь идет о его показаниях, данных под псевдонимом. Но потерпевший вправе обжаловать судебные решения, а жалоба должна содержать сведения о нем. По нашему мнению, если в предыдущих стадиях уголовного процесса потерпевший участвовал под псевдонимом, то в судах кассационной и надзорной инстанций он также вправе участвовать под псевдонимом. Соответственно, допустимо использование псевдонима в его жалобах.

Поскольку порядок участия потерпевшего под псевдонимом в судах кассационной и надзорной инстанций не урегулирован, до внесения в кодексы необходимых новелл выход видится в применении в этих судах (по аналогии) положений, предусмотренных для суда первой инстанции (ч. 5 ст. 330 УПК РБ, ч. 1 ст. 277 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ, частей 6 и 7 ст. 303 УПК Украины).

В рамках досудебного производства ограничимся рассмотрением двух мер безопасности. На *прослушивание переговоров* как на меру безопасности прямо указано в кодексах Белоруси и России. В таком качестве оно, согласно ст. 69 УПК РБ, осуществляется в общем порядке, установленном для этого

¹См.: Брусницын Л. В. Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: мировой опыт и развитие российского законодательства (процессуальное исследование). – М., 2010. – С. 284–287.

²Там же. – С. 315–321.

следственного действия в ст. 214 УПК РФ, т. е. по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях по постановлению следователя, санкционированному прокурором.

В России порядок прослушивания переговоров в качестве меры безопасности отличается от его общего порядка, установленного в ч. 1 ст. 186 УПК РФ. Исходя из содержания ч. 2 ст. 186 и ч. 3 ст. 11 УПК РФ в качестве меры безопасности прослушивание возможно без судебного решения (по письменному заявлению лиц, нуждающихся в защите) и по всем уголовным делам.

В соответствии с ч. 1 ст. 187 УПК Украины возможность прослушивания («снятия информации с каналов связи») не ограничена определенной тяжестью расследуемого преступления. Правда, содержание ч. 1 ст. 187 заставляет сомневаться в возможности прослушивания в качестве меры безопасности. Если все же признать такую возможность, то эта мера может применяться, согласно ч. 3 ст. 187 УПК Украины, и до возбуждения дела. Недостаток же украинского Кодекса видится в том, что, исходя из содержания ч. 1 его ст. 187, снятие информации с каналов связи возможно лишь при угрозах со стороны подозреваемого и обвиняемого (либо когда они сами подвергаются угрозам, но это редкая ситуация). Круг же лиц, участвующих в посткриминальном воздействии на потерпевших, свидетелей и других участников процесса значительно шире: в него входят родственники, знакомые подозреваемого и обвиняемого, не установленные следствием их соучастники и другие лица.

Предъявление для опознания вне визуального наблюдения опознаваемым опознающего. Общим недостатком ч. 10 ст. 224 УПК РФ, ч. 8 ст. 193 УПК РФ и ч. 4 ст. 174 УПК Украины является то, что они не указывают на место защитника опознаваемого подозреваемого (обвиняемого) в случаях, когда личность опознающего скрыта псевдонимом. Защитник может заявить ходатайство о его допуске в помещение с опознающим на том основании, что он вправе участвовать в следственных действиях, проводимых с участием подзащитного. Если опознающий скрыт псевдонимом, то данное ходатайство, по мнению автора, удовлетворению не подлежит на том основании, что смысл использования псевдонима – сохранить в тайне личность защищаемого от других участников процесса. В этом случае участие защитника в производстве опознания выразится в присутствии и в реализации им своих прав в том же месте, что и его подзащитный, и в равной с ним ме-

ре. То же, по сути, установлено в ч. 5 ст. 330 УПК РФ, ч. 1 ст. 277 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ, частях 6 и 7 ст. 303 УПК Украины, допускающих допрос свидетеля (потерпевшего) в условиях, исключающих его наблюдение другими участниками процесса, т. е. и защитника.

Основания отмены мер безопасности. Согласно ч. 1 ст. 74 УПК Беларуси они отменяются, когда отпали основания их применения, а также «в случае нарушения защищаемым лицом условий осуществления этих мер, существенно затрудняющего или делающего невозможным их применение». В ч. 1 ст. 52⁴ УПК Украины, помимо устранения угрозы для защищаемого лица, основанием отмены защитных мер служат: истечение срока конкретной меры безопасности (не вполне ясно, какие меры защиты имел в виду законодатель) и «систематическое невыполнение взятым под защиту лицом законных требований органов, осуществляющих меры безопасности, если это лицо письменно было предупреждено о возможности такой отмены». В УПК России вопрос отмены мер безопасности оказался неурегулированным, кроме частного случая отмены псевдонима.

Что касается отмены мер безопасности вследствие устранения угрозы посткриминального воздействия, то отмена по названному основанию естественна. Подробнее остановимся на таком, общем для кодексов Беларуси и Украины основании отмены мер безопасности, как появление препятствий для их реализации вследствие ненадлежащего поведения защищаемого лица. При этом в УПК Беларуси, в отличие от УПК Украины, эти препятствия дифференцированы на нарушения защищаемым лицом условий осуществления мер безопасности, которые делают невозможным продолжение этих мер и которые существенно затрудняют их продолжение. Защищаемое лицо, действительно, может сделать невозможной реализацию меры безопасности, например использование псевдонима, если это лицо вследствие собственного ненадлежащего поведения в ходе процессуальных действий либо вне их «расшифровало» себя. В этом случае отмена псевдонима естественна.

Сложнее дать оценку прекращению защиты лица в случае, когда его поведение лишь затрудняет реализацию мер безопасности. Очевидно, прекращение защиты гражданина повлечет и прекращение его сотрудничества со следствием. Если при этом цели судопроизводства останутся достижимыми (за счет использования иных доказательств), то его привлечение к сотрудничеству со след-

ствием и обеспечение безопасности изначально были не нужны. Если же отмена мер безопасности и сопряженный с этим отказ лица от содействия следствию и суду повлекут невозможность достижения целей судопроизводства, то отменять меры безопасности не следует. В этом случае проблемы в реализации мер безопасности, вызванные личными негативными качествами защищаемого лица, — меньшее зло, нежели утрата доказательства — показаний лица, благодаря которым и оказываются достижимыми цели судопроизводства: защита прав потерпевших и т. д.

В завершение темы прекращения мер безопасности — об отмене псевдонима в случае, когда поведение защищаемого никоим образом не препятствует его использованию. Это тот вопрос, который отражен в УПК РФ. Часть 6 ст. 278 гласит: «в случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты... суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями». Здесь допущен отход от естественной и понятной формулы: обоснованное ходатайство должно быть удовлетворено, необоснованное удовлетворению не подлежит. Согласно же приведенной норме суд *вправе* не удовлетворить *обоснованное* ходатайство. При этом возможность удовлетворения ходатайства не обусловлена ни устранением угрозы посткриминального воздействия, ни обязанностью суда применить другие меры безопасности (хотя возможны случаи, когда псевдоним — единственное средство защиты участника процесса).

Чем же суд должен руководствоваться, отказывая в удовлетворении обоснованного ходатайства? В УПК РФ ответа нет. В п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве» от 29.06.2010 г.

№ 17 разъяснено: при рассмотрении судом вопроса об отмене принятых в отношении потерпевшего мер безопасности следует выяснять его мнение, с учетом которого принимать решение¹, но такое разъяснение не дало ответа: что должно лежать в *основе* решения суда о неудовлетворении обоснованного ходатайства, заявленного в соответствии с ч. 6 ст. 278 УПК РФ? Представляется, что, разрешая ходатайство, суду следует *не учитывать* указанное мнение, а *руководствоваться* мнением человека, которому обещали защиту от преступников и потому предоставили псевдоним, т. е. данное ходатайство не должно удовлетворяться без согласия защищаемого.

Но допустимы ли в процессе доказывания показания, данные под псевдонимом, если суд отказал в удовлетворении *обоснованного* ходатайства? По нашему мнению, суд должен исключить такие показания из имеющейся совокупности доказательств. При этом, поскольку исключение показаний не обусловлено нарушением норм УПК РФ судом или следователем, не могут быть подвергнуты сомнению законность и обоснованность уголовно-процессуальных решений (об обыске и т. д.), которые были приняты на основании либо с учетом показаний псевдонимов, допустимость других доказательств, полученных благодаря их показаниям.

Мы не ставили задачу выяснить, какой кодекс лидирует в решении рассматриваемой проблемы. В силу новизны для постсоветских Беларуси, России и Украины самого института *обеспечения безопасности участников уголовного процесса* их кодексы содержат немало общих и специфических недостатков. Цель статьи определить эти недостатки и, тем самым, возможные законодательные шаги по их устранению, в том числе за счет позитивного опыта государств-соседей.

¹Это разъяснение следует относить и к ситуации, когда псевдоним скрывает свидетеля.

In his article are considered grounds for the application of measures to ensure the safety of participants in the process, explores the issues of implementing these measures, including the issues to be addressed at the legislative level.

У статті розглядаються підстави застосування заходів, що забезпечують безпеку учасників процесу, досліджуються питання реалізації цих заходів, у тому числі, питання, які потребують вирішення на законодавчому рівні.



ПОВНОВАЖЕННЯ ДІЗНАВАЧА ОРГАНІВ БЕЗПЕКИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ Й ЇХ ВІДМІННІСТЬ ВІД ПОВНОВАЖЕНЬ НАЧАЛЬНИКА ОРГАНУ ДІЗНАННЯ ТА СЛІДЧОГО

Василь Вовк,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті розглядаються повноваження дізнавача органу безпеки в кримінальному процесі, аналізуються відмінності повноважень начальника органу дізнання та слідчого від повноважень дізнавача, пропонуються шляхи вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: органи безпеки, начальник органу дізнання, дізнавач, особа, яка проводить дізнання, слідчий, повноваження, кримінально-процесуальна діяльність, посадова особа.

Однією з проблемних сторін діяльності органів безпеки є питання обсягу повноважень дізнавача. Якщо виходити з того, що дізнання як інститут кримінально-процесуального законодавства є діяльністю з виявлення, попередження, розслідування та розкриття злочинів, провадження невідкладних слідчих дій і прийняття конкретних процесуальних рішень, вирішення інших завдань кримінального судочинства, то відповідно суб'єктами, здатними проводити таку діяльність, можуть бути лише фізичні особи. Стосовно провадження досудового слідства законодавець визначив конкретних суб'єктів, уповноважених на провадження досудового слідства: начальник слідчого відділу, слідчий. Аналогічним чином було б доцільно визначити суб'єктів, уповноважених на провадження дізнання. Це зумовлене тим, що провадження дізнання та невідкладних слідчих дій може здійснюватися тільки посадовими особами органів безпеки, вповноважених кримінально-процесуальним законодавством. Безумовно, такими посадовими особами є дізнавач і начальник органу дізнання. Проте начальник органу дізнання (начальник органу безпеки) не завжди може особисто провадити невідкладні слідчі дії та дізнання. Його основним завданням є організація роботи всього органу, його служб і підрозділів.

Повноваження дізнавача закріплені в різних нормах Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України, що, у свою чергу не дозволяє скласти цілісне уявлення про компетенцію дізнавача у кримінальному процесі. Тому доцільно звернутися до проблем визначення правового статусу дізнавача органу безпеки в кримінальному процесі.

Комплексний характер проблем визначення повноважень дізнавача органу безпеки у кримінальному процесі й їх відмінностей від повноважень начальника органу дізнання та слідчого зумовив потребу у використанні широкого кола теоретичних джерел. У статті

знайшли своє віддзеркалення питання процесуальних повноважень дізнавача, які висвітлювалися в роботах В. Вапнярчука, І. Гуткіна, А. Дубинського, А. Круглікова, Л. Лобойка, Є. Макаренка, М. Михеєнка, О. Мічуріна, В. Тертишника, В. Шибіка та ін.

Метою цієї статті є аналіз норм чинного кримінально-процесуального законодавства у межах визначення процесуальних повноважень дізнавача органу безпеки у кримінальному процесі.

Перш як розглядати правовий статус дізнавача органу безпеки у кримінальному процесі, слід звернутися до питання: хто є особою, яка проводить дізнання? Л. Лобойко вважає, що «дізнавач – це суб'єкт кримінального процесу, який за дорученням органу дізнання здійснює кримінальне переслідування осіб шляхом порушення кримінальних справ, викриття винних у вчиненні злочинів, обрання щодо них запобіжних заходів та інших заходів процесуального примусу» [1, с. 70]. На думку В. Вапнярчука, особа, яка провадить дізнання, – це посадова особа, уповноважена керівником органу дізнання на розслідування кримінальних справ у формі дізнання в межах компетенції, визначеної законом, а також на провадження інших видів кримінально-процесуальної діяльності органу дізнання [2, с. 51]. А. Кругликов і Л. Павлухін вважають, що дізнавач – це начальник (керівник) органу дізнання чи посадова особа такого органу, уповноважена начальником органу дізнання на провадження дізнання у кримінальних справах [3, с. 5–7; 4, с. 4]. Є також точка зору, згідно з якою дізнавач – це посадова особа органу дізнання, яка уповноважена керівником даного органу провадити дізнання та прийняла згідно з нормами кримінально-процесуального права матеріали перевірки повідомлень про злочин чи справу у своє провадження, у зв'язку з чим, як учасник кримі-

нального процесу, здійснює відповідно до закону дізнання з метою розкриття злочину та забезпечення розв'язання інших завдань судочинства [5, с. 35]. У свою чергу згідно з п. 5 ст. 12 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» в органах Служби Безпеки України право проводити дізнання мають особи із числа оперативно-начальницького складу, у тому числі співробітники спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю Служби безпеки України.

Аналіз наведених визначень особи, яка проводить дізнання, дозволяє запропонувати власний підхід до визначення поняття «дізнавач органів безпеки»: це посадова особа із числа оперативно-начальницького складу, яка уповноважена на підставі вимог закону, начальником органу дізнання органу безпеки самостійно розслідувати кримінальну справу у формі дізнання, а також на виконання функцій, пов'язаних з іншими видами кримінально-процесуальної діяльності. На нашу думку, дізнавач органів безпеки у стадії порушення кримінальної справи здійснює перевірку заяв і повідомлень про злочини відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства у передбачені законом строки.

Прийнявши кримінальну справу до свого провадження, дізнавач має право проводити всі слідчі дії, передбачені законом для розкриття злочину та забезпечення вирішення завдань кримінального процесу. Через начальника органу дізнання він може звертатися до відповідного оперативного підрозділу з клопотанням щодо проведення невідкладних розшукових заходів.

Особа, яка провадить дізнання, наділена правом самостійно приймати рішення щодо провадження необхідних слідчих дій і виконувати їх. Проте, якщо дізнання провадиться не керівником органу безпеки, який має на це право, рішення з найважливіших процесуальних питань розслідування, у першу чергу про напрям справи (порушення, припинення, поновлення справи), про застосування заходів процесуального примусу (затримання підозрюваного, привід, обшук, накладення арешту на майно) та з інших питань повинні бути затверджені начальником органу. Таке затвердження не потрібно у випадках, коли в законі у зв'язку з прийняттям конкретного процесуального рішення йдеться не про орган дізнання, а про особу, яка здійснює дізнання (статті 26, 29, 50, 51, 52, 79 КПК України).

Згідно з ч. 3 ст. 227 КПК України вказівки прокурора органам дізнання та досудового слідства у зв'язку з порушенням і розслідуванням ними кримінальних справ, дані в порядку, передбаченому цим Кодексом, є обов'язковими. Оскарження таких вказівок прокурору вищого рівня не зупиняє їх виконання, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 114 КПК України. Випадки, передбачені цією статтею (про припинення або обвинувачення, про кваліфікацію злочинів і обсяг обвинувачення, про направлення справи до суду або закриття справи), стосуються лише слідчого і не стосуються особи,

яка провадить дізнання, тому на практиці дізнавач змушений виконувати вказівки прокурора, хоч і не погоджується з ними. Тому, розглядаючи питання повноважень дізнавача органів безпеки у кримінальному процесі, слід зазначити, що у дізнавача багато спільного у процесуальних повноваженнях із слідчим. Проте обсяг процесуальних повноважень і процесуальна самостійність слідчого значно ширші, ніж у дізнавача. Виконуючи схожу за своїм змістом кримінально-процесуальну діяльність, слідчий і дізнавач наділені різними повноваженнями.

Принципові також процесуальні відмінності статусу дізнавача та слідчого: у процесуальних строках розслідування, процесуальній самостійності, що обмежена для дізнавача нормами кримінально-процесуального законодавства. Деякі процесуалісти розглядають такі відмінності процесуального статусу дізнавача від слідчого: відмінність органів, що провадять дізнання та досудове слідство; процедура провадження дізнання [3, с. 75], коло та складність справ, що розслідуються органами дізнання та досудового слідства, строки провадження дізнання та його закінчення [5, с. 36]. Але всі процесуалісти, як правило, поділяють думку, що процесуальний статус дізнавача та його відмінність від статусу начальника органу дізнання та слідчого визначається кримінально-процесуальним законодавством і повноваженнями в кримінальному судочинстві.

Кримінально-процесуальний кодекс не наділяє орган дізнання (дізнавача) повноваженнями на проведення більшості слідчих дій, які може провадити слідчий самостійно. Рішення дізнавача з найважливіших питань у кримінальній справі потребують затвердження начальником органу дізнання. Це такі питання, як: про порушення кримінальної справи (і про відмову в її порушенні); про закриття справи; про зупинення дізнання у справі; про відновлення дізнання; про направлення кримінальної справи до іншого органу дізнання за підслідністю; про направлення кримінальної справи для провадження досудового слідства; про запобіжні заходи; інші заходи примусу. Також, на відміну від слідчого, дізнавач позбавлений права звертатися до суду з клопотанням про продовження строку тримання під вартою.

Викладене свідчить, що повноваження слідчого та дізнавача з розслідування злочинів різні. Процесуальні повноваження дізнавача у кримінальному процесі обмежені у порівнянні з повноваженнями слідчого, що негативно позначається на можливостях розслідування, яке провадиться у формі дізнання. Вирішення зазначеної проблеми, на нашу думку, полягає в максимальному наблизенні правового статусу дізнавача до процесуального статусу слідчого, у розширенні процесуальних повноважень дізнавача.

Під час досудового розслідування нерідко виникає необхідність доручити провадження окремих слідчих дій іншому органу розслідування (слідчому або органу дізнання) і тоді на підставі

ст. 118 КПК України слідчий вправі доручити провадження окремих слідчих дій відповідному слідчому або органу дізнання, які зобов'язані це доручення виконати. На противагу цій нормі, у ч. 3 ст. 66 КПК України зазначено, що у передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання у справах, що перебувають у її провадженні, вправі доручити підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі. Але із змісту зазначеної норми не зрозуміло, що законодавець мав на увазі під висловом «використати засоби для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі», чи це доручення дізнавача іншому органу дізнання на провадження слідчих дій, чи це доручення оперативним підрозділам на проведення оперативно-розшукових заходів із наступною їх фіксацією. Тому, на нашу думку, потрібно чітко визначити повноваження особи, яка проводить дізнання (дізнавача), щодо можливості направляти окремі доручення іншому органу розслідування про проведення окремих слідчих дій, як це визначено відносно слідчого.

Заслужують також на увагу проблеми щодо співвідношення повноважень органу дізнання та дізнавача, а саме питання про те, з якого часу в кримінальний процес вступає дізнавач. На думку деяких процесуалістів, дізнавач з'являється у кримінальному процесі в результаті волевиявлення начальника органу дізнання, і саме з цього моменту вказана посадова особа набуває передбачених кримінально-процесуальним законом процесуальних прав і обов'язків [6, с. 9]. На нашу думку, такий підхід не можна підтримати повністю, оскільки він правильний лише частково та породжує на практиці складність у процесуальних і службових відносинах між начальником органу дізнання та посадовою особою органу дізнання, яка вступає як дізнавач, створює розпорошеність функцій, що зрештою негативно впливає на ефективність самого інституту дізнання.

Як слушно зазначає В. Вапнярчук, одним із найбільш дискусійних є питання про затвердження начальником органу дізнання постанов особи, яка провадить дізнання, на стадіях порушення кримінальної справи та досудового розслідування. З цього приводу є два різних погляди. Одні процесуалісти [6, с. 8; 7, с. 5] повністю підтримують положення, що затвердження начальником органу дізнання постанов особи, яка провадить дізнання, є необхідним, а інші – не підтримують [8, с. 165].

In the article authority of organ of safety is considered in a criminal process, analysed the differences of plenary powers of chief of organ of inquest and investigator from plenary powers of offered the ways of perfection of current legislation.

В статье рассматриваются полномочия дознавателя органа безопасности в уголовном процессе, анализируются отличия полномочий начальника органа дознания и следователя от полномочий дознавателя, предложены пути совершенствования действующего законодательства.

На нашу думку, дізнавач у процесі провадження дізнання вступає у правовідносини з іншими учасниками процесу від імені органу дізнання, який він представляє, а тому таке представництво має бути належним чином контролюване з боку начальника органу дізнання. Отже, необхідність контролю начальника органу дізнання над дізнавачем у формі обов'язкового затвердження найбільш важливих рішень зумовлена тим, що орган дізнання є колегіальним органом і оцінка рішень, які приймаються його представниками (дізнавачем), не повинні мати розходжень.

Аналіз існуючих у юридичній і спеціальній літературі поглядів на правовий статус дізнавача органів безпеки у кримінальному судочинстві, а також кримінально-процесуального законодавства дозволяє сформулювати такі **висновки**:

повноваження особи, яка провадить дізнання (дізнавача), закріплені в різних нормах КПК України, але сформульовані не завжди чітко, що багато в чому не дозволяє скласти цілісне уявлення про повноваження дізнавача органів безпеки у кримінальному процесі;

чинне кримінально-процесуальне законодавство передбачає різний обсяг повноважень для дізнавача при провадженні дізнання. Їх обсяг і характер залежать від виду кримінально-процесуальної діяльності, співвідношення компетенції органу дізнання (начальника органу дізнання) та дізнавача у кримінальному процесі.

Література

1. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право. – К., 2005. – 456 с.
2. Вапнярчук В. В. Особливості процесуального становища особи, яка провадить дізнання. – Х., 2001. – 220 с.
3. Кругликов А. П. Правовое положение органов и лиц, производящих дознание в советском уголовном процессе. – Волгоград, 1986. – 44 с.
4. Павлухин Л. В. Расследование в форме дознания. – Томск, 1979. – 69 с.
5. Макаренко Є. І., Тертишник В. М., Лобойко Л. М., Літинський В. В., Шиян А. Г. Дізнання в міліції та в митних органах. – Дніпропетровськ, 2003. – 452 с.
6. Гуткин И. М. Вопросы совершенствования процессуального и организационного руководства в сфере дознания // Совершенствование уголовно-процессуальной деятельности органов внутренних дел. – М., 1984. – С. 8–9.
7. Мичурина О. В. Процессуальные и организационные вопросы осуществления начальниками СИЗО и ЛТП функций органа дознания: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1993. – 187 с.
8. Михеенко М. М., Шибіко В. П., Дубинський А. Я. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. – К., 1997. – 624 с.



ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ОСКАРЖЕННЯ ДІЙ І РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Іван Зарева,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті розглядаються нормативні та практичні аспекти забезпечення права особи на оскарження дій і рішень у кримінальному процесі.

Ключові слова: кримінальний процес, забезпечення прав особи, оскарження.

Право на оскарження, як і будь-яке інше процесуальне право учасника кримінально-процесуальної діяльності, у більшості випадків не може бути реалізоване власними зусиллями особи, без належного забезпечення цього права державними органами та посадовими особами, які ведуть кримінальний процес. Саме тому Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) України зобов'язує суд, прокурора, слідчого, особу, яка провадить дізнання, не тільки роз'яснювати учасникам кримінального процесу їх процесуальні права й обов'язки, а й забезпечувати можливість здійснення цих прав (ст. 53). Більше того, наявність такого процесуального обов'язку у цих органів і осіб – характерна ознака публічних правовідносин, що виникають між ними й іншими учасниками кримінального судочинства [1, с. 7].

Безумовно, ефективна реалізація права особи на оскарження дій і рішень у кримінальному процесі, що є невід'ємною частиною правового статусу особи, багато в чому залежить від чіткості нормативного регулювання інституту оскарження.

Чинний кримінально-процесуальний закон у ряді випадків не розкриває суті і зміст скарги, не називає суб'єктів внесення скарги, не визначає предмет і можливі межі оскарження, а у деяких випадках не встановлює процедуру розгляду скарги. При цьому для ефективності практичного використання права на оскарження важливе значення має його забезпечення як на нормативному, так і на практичному рівнях.

Метою цієї статті є дослідження нормативного та практичного забезпечення права особи на оскарження дій і рішень у кримінальному процесі.

Зміст інституту оскарження у науці кримінального процесу, у тому числі форми його забезпечення, переважно розроблялись у контексті перегляду судових рішень нижчестоящих судів вищестоящими судами у зв'язку з їх оскарженням. Саме у цьому аспекті широко відомі праці В. Божьєва, Ю. Грошевого, П. Лупинської, В. Маляренка, В. Нора, В. Савицького, М. Строговича та ін.

Із уведенням у кримінальне судочинство судового контролю у досудовому провадженні окремі аспекти інституту оскарження досліджували О. Тищенко, А. Туманянц, Л. Сушко, Л. Черечукіна, В. Чорнобук, Г. Федотова й ін.

Актуальність забезпечення конституційного права особи на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних органів і посадових осіб у сфері кримінального судочинства зумовлює необхідність поглиблення знань і розвитку практичних навичок їх застосування у цьому напрямі.

Аналіз відповідних норм кримінально-процесуального закону свідчить, що забезпечення права на оскарження складається з двох компонентів: належне роз'яснення цього процесуального права учасникам кримінального судочинства; обов'язкові дії (система дій), що мають бути виконані уповноваженими органами у зв'язку із скаргою, що надійшла, її розглядом і вирішенням.

Безперечним є те, що тільки своєчасне, точне та повне роз'яснення права на оскарження особам, яким воно надано кримінально-процесуальним законом, є необхідною передумовою й елементом реалізації цього права, отже, і принципу забезпечення свободи оскарження у кримінальному процесі. Щоб повною мірою використати це право, особа, як мінімум, повинна про нього знати. Неправильне або несвоєчасне роз'яснення права на оскарження заінтересованим особам або відсутність такого роз'яснення взагалі Ю. Стецовський вважає порушенням права особи на захист [2, с. 113].

Слід погодитися з П. Кондратовим, який зазначає, що обов'язковою умовою складання обґрунтованої скарги на процесуальне рішення є достатньо повна поінформованість особи про предмет оскарження, оскільки перш як скаржитися, необхідно знати, на що й як скаржитись [3, с. 53]. Таким чином, роз'яснення права не може бути обмежене лише повідомленням особи про те, що вона має право оскаржувати дії та рішення посадових осіб. Роз'яснення, як мінімум, повинно включати вказівку на орган чи посадову особу, що уповноважені розглядати скаргу, а також порядок (процедуру) її подання.

Аналіз норм КПК України, що регулюють порядок досудового провадження у кримінальному процесі, дозволив виділити два моменти, коли публічні процесуальні органи повинні роз'яснити особі право на оскарження. По-перше, заінтересована особа повідомляється про наявність у неї такого права при роз'ясненні процесуальних прав конкретного учасника кримінального судочинства. Практично, це відбувається, як правило, в момент ознайомлення з постановою про визнання особи тим чи іншим учасником кримінального процесу (потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем, обвинуваченим). В інших випадках, у тому числі, коли кримінально-процесуальний закон не вимагає винесення такої постанови, роз'яснення цього права відбувається під час слідчих чи інших процесуальних дій, що провадяться з участю такої особи (статті 106, 107, 127, 128, 128¹ та ін. КПК України). При цьому, щоправда викликає занепокоєння те, що зазначені норми подекуди не мають прямої вказівки на необхідність роз'яснення прав особі, а в інших випадках право на оскарження має роз'яснюватись одночасно з іншими правами, що отримує особа, набуваючи певний статус. У практичній діяльності це призводить до того, що в одних випадках посадові особи обмежуються лише формальним викладом сукупності процесуальних прав суб'єкта процесу без роз'яснення порядку їх реалізації, у тому числі права на оскарження. В інших випадках у протоколі відповідної слідчої або процесуальної дії лише фіксується факт роз'яснення прав особі без фактичного їх роз'яснення.

Більш продуктивним, на нашу думку, є другий варіант роз'яснення особі права на оскарження, коли таке роз'яснення є необхідним і обов'язковим елементом належної процесуальної форми винесення окремих процесуальних рішень, які до того ж мають спеціальну процедуру оскарження. Йдеться про такі процесуальні рішення, як порушення кримінальної справи, відмова в порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи та ін. Однак, незважаючи на те, що КПК України встановлює обов'язок посадових осіб повідомляти про такі прийняті рішення заінтересованих осіб, а також регламентує порядок і строки подання скарг, їх розгляду, обов'язковість роз'яснення заінтересованій особі права на оскарження та порядку його здійснення законом спеціально не встановлена (крім ст. 53, що має загальний характер).

Дослідження практики органів досудового розслідування з цього питання доводить, що в середньому лише кожен шостий слідчий і лише один із одинадцяти дізнавачів, приймаючи рішення, роз'яснюють особі порядок його оскарження. Так, рішення органу дізнання, слідчого про відмову в порушенні кримінальної справи відповідно до ст. 99¹ КПК України може бути оскаржене особою, інтересів якої воно стосується, або її представником. Відповідно право на оскарження цього рішення має роз'яснюва-

тися заявнику, особі, яка постраждала від злочину, однак не заявляла про це, особі, відносно якої було відмовлено у порушенні кримінальної справи та діям якої була дана певна юридична оцінка, а також іншим особам, права і законні інтереси яких можуть бути пов'язані з цим рішенням.

Відповідно до ст. 99¹ КПК України рішення про відмову в порушенні кримінальної справи може бути оскаржене не тільки прокурору, а й до суду, що також має бути роз'яснено відповідним особам із розкриттям конкретного порядку реалізації цього права. У цьому аспекті слід зазначити, що закон, передбачаючи можливість оскарження таких процесуальних рішень, як порушення кримінальної справи, відмова в порушенні кримінальної справи, закриття кримінальної справи, прямо не зобов'язує уповноважених суб'єктів, які прийняли це рішення, роз'яснити заінтересованим особам як право, так і порядок оскарження цього рішення. По суті, право сформульоване, однак чітко не забезпечене.

На нашу думку, в усіх нормах, що встановлюють порядок прийняття важливих процесуальних рішень, якими обмежуються конституційні права та свободи особи, що стосуються її законних інтересів, має бути чітко закріплений обов'язок посадових осіб, які винесли таке рішення, роз'яснювати порядок і строки його оскарження. Ми вважаємо, що такими є рішення про відмову в порушенні кримінальної справи, про порушення кримінальної справи, про застосування запобіжного заходу (у тому числі затримання підозрюваного), про притягнення особи як обвинуваченого, про зупинення досудового розслідування, про відмову в задоволенні клопотання, про закриття кримінальної справи. У зв'язку з цим відповідні норми, що закріплені в КПК України, мають бути доповнені положенням щодо обов'язку посадових осіб роз'яснювати порядок і строки оскарження перелічених процесуальних рішень.

Додатково право на оскарження повинно роз'яснюватись у ситуаціях, коли порядок провадження окремих слідчих (процесуальних) дій стосується прав не лише учасників кримінального процесу, а й інших осіб. Через цю обставину коло суб'єктів оскарження набуває специфіки, а відповідні особи мають бути поінформовані про своє право на оскарження дій посадових осіб. Так, правом на оскарження, безумовно, вправі скористатись особа, у житті якої провадиться обшук або виїмка (ст. 181 КПК України), відбувається накладення арешту на майно (ст. 126 КПК України), незважаючи на те, що на цей момент вони не є (не визнані) учасниками кримінального процесу.

Закон передбачає та допускає дві форми роз'яснення права на оскарження: усну та письмову. Як правило, роз'яснення заінтересованим особам права на оскарження відбувається в усній формі. При цьому у відповідних документах (протоколах, постановках) зазначає, які саме

права були роз'яснені або зазначається фраза «права й обов'язки роз'яснені» без наведення їх конкретного переліку.

На нашу думку, роз'яснення права на оскарження важливих процесуальних рішень, зокрема таких, як про відмову в порушенні кримінальної справи, про порушення кримінальної справи, про застосування запобіжного заходу (у тому числі затримання підозрюваного), про притягнення особи як обвинуваченого, про зупинення досудового розслідування, про відмову в задоволенні клопотання, про закриття кримінальної справи, має відбуватись у письмовій формі, що слід передбачити законом. Сьогодні подекуди органи досудового розслідування використовують такий спосіб шляхом розміщення інформації про строки та порядок оскарження рішення у відповідній постанові, яка фіксує це рішення та копія якої вручається заінтересованій особі. Однак така практика має фрагментарний характер і поширюється лише на окремі рішення (переважно, про порушення чи про відмову у порушенні кримінальної справи, про закриття кримінальної справи).

Важливою складовою забезпечення права учасників процесу на оскарження є також своєчасне та правильне реагування відповідних посадових осіб на подані скарги. При цьому реагування охоплюються дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора та суду щодо належного оформлення скарги, забезпечення її своєчасного розгляду і вирішення уповноваженим органом.

Відповідно до статей 110, 234 КПК України дії та рішення органу дізнання слідчого можуть бути оскаржені як прокурорами, так і до суду. Скарга може бути подана як безпосередньо прокуророві чи до суду, так і через названих суб'єктів. Належною формою подання скарги відповідно до ч. 5 ст. 89 КПК України є порядок, за якого вона у встановлений законом строк подана уповноваженій особі або здана на пошту, а для осіб, які тримаються під вартою (як і для осіб, які перебувають у медичних і психіатричних закладах), здана адміністрації місця попереднього ув'язнення (адміністрації медичного чи психіатричного стаціонару).

У досудовому провадженні ні особа, яка провадить дізнання, ні слідчий чи прокурор не вправі відмовити у прийнятті скарги, посилавшись, наприклад, на те, що її адресатом є суд.

Якщо ж скарга заявляється усно або під час проведення слідчої чи процесуальної дії, належними слід вважати дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, суду щодо закріплення цієї скарги у протоколі відповідної слідчої (процесуальної) дії. При цьому копія цього протоколу або (що, на нашу думку, є більш доцільним) витяг з нього направляються

посадовою особою безпосередньому адресату скарги. Ми вважаємо також прийнятним варіант, коли слідчий забезпечив би письмовий виклад скарги, підписаної заявником. Така позиція зумовлена хоча б тим, що під час вивчення матеріалів кримінальних справ, ми не виявили жодного протоколу, в якому б особа, яка провадить дізнання, або слідчий зафіксували скарги учасників слідчих (процесуальних) дій.

При заявленні усної скарги на дії (бездіяльність) або рішення суду безпосередньо під час судового засідання вона заноситься до протоколу. І хоча у п. 11 ч. 3 ст. 87 КПК України йдеться про клопотання та заяви учасників процесу, вочевидь законодавець у поняття «заяви» включає і скарги учасників судового розгляду.

Письмова, врегульована законом, форма апеляційної та касаційної скарги визначає належність її оформлення заявником, а факт її отримання (подання) об'єктивно підтверджується тільки реєстрацією у канцелярії відповідного суду. Таким чином, з метою забезпечення права учасників процесу на оскарження дій і рішень у кримінальному судочинстві особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суд зобов'язані: належним чином роз'яснювати відповідним особам порядок подання скарг на дії та рішення посадових осіб; приймати скарги учасників процесу, а у разі їх надходження в усній формі, складати відповідний протокол; повідомляти про подання скарги інших учасників процесу, прав і законних інтересів яких вона стосується; своєчасно надавати органу, що вирішує скаргу, відповідні матеріали, а у необхідних випадках – із своїми поясненнями; долучати до справи копії скарг і рішень, що прийняті в результаті їх розгляду.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що у чинному кримінально-процесуальному законодавстві ще не знайшла свого закріплення низка питань забезпечення права учасників процесу й інших осіб на оскарження процесуальних дій і рішень. Усунення цих прогалин – важливий напрям удосконалення кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення практичної реалізації принципу свободи оскарження.

Література

1. Куцова Э. Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе. – М., 1973. – 199 с.
2. Стецовский Ю. И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. – М., 1982. – 174 с.
3. Кондратов П. Е. Обеспечение обвиняемому права на обжалование при прекращении дела на предварительном следствии // Применение норм уголовно-процессуального права. – Свердловск, 1981. – С. 52–55.

Standard and practical aspects of maintenance of the right of the person on the appeal of actions and decisions in criminal trial are considered.

В статье рассматриваются нормативные и практические аспекты обеспечения права лица на обжалование действий и решений в уголовном процессе.



КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРИНЦИП ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ПРАВОВУ ДОПОМОГУ – ОСНОВА УЧАСТІ АДВОКАТА У ЗАХИСТІ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Петро Кучевський,

здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

У статті розглядається зміст права особи на кваліфіковану правову допомогу як підставу участі адвоката у кримінальному процесі, обґрунтовується необхідність дослідження діяльності адвоката у кримінальному процесі через призму конституційного права кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги.

Ключові слова: адвокат у кримінальному процесі, забезпечення прав особи, правова допомога.

Конституційне право кожного на кваліфіковану юридичну допомогу за своєю природою є суб'єктивним правом, юридичною межею можливої поведінки особи. Така можливість передбачає не лише знання своїх прав і текстів законів для їх використання у досягненні власних цілей, а й право на роз'яснення змісту нормативних настанов. Це право спрямоване на адекватне тлумачення закону та прийняття правильних у правовому значенні, тобто законних, рішень. Такі рішення особам, які беруть участь у кримінальній справі – учасникам кримінального процесу, може роз'яснити професійний юрист – адвокат. Таким чином, з діяльністю адвоката у кримінальній справі необхідно пов'язувати не тільки здійснення ним захисту та представництва, а й надання іншої кваліфікованої правової допомоги всім учасникам кримінального процесу, які її потребують.

Реалізація конституційного положення про право кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги у кримінальному процесі ускладнюється тим, що, по-перше, кримінально-процесуальний закон це принципове положення прямо не регламентує; по-друге, кримінально-процесуальний закон не містить визначення поняття та змісту правової допомоги у кримінальній справі; по-третє, серед суб'єктів кримінального судочинства закон не передбачає такого самостійного учасника, як адвокат, який наділений відповідними процесуальними правами щодо здійснення кваліфікованої правової допомоги особам, на яких не поширюється діяльність адвоката-захисника й адвоката-представника.

Таким чином, чинний кримінально-процесуальний закон не використовує всього

потенціалу адвокатської діяльності у кримінальному судочинстві. Разом із тим на необхідність посилення ролі адвокатів у кримінальному процесі неодноразово вказував Конституційний Суд України, Пленум Верховного Суду України, підкреслюючи важливість надання саме кваліфікованої правової допомоги.

Метою цієї статті є дослідження змісту права особи на кваліфіковану правову допомогу як підставу участі адвоката у кримінальному процесі.

Питання правового статусу адвоката та його участі у кримінальному судочинстві як захисника чи представника прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача піддавалися глибокому аналізу і дослідженню в теорії кримінального процесу. Науковою основою цих досліджень є праці таких процесуалістів, як Т. Варфоломєєва, І. Гловацький, Л. Кокорєв, Т. Корчева, П. Лупинська, В. Маляренко, В. Нор, Н. Обрізан, В. Савицький, Ю. Стецовський, М. Строгович, А. Титов, Д. Фіолевський, І. Фойницький, Р. Чайка, О. Яновська й ін.

Необхідність посилення ролі адвоката у кримінальному процесі, розроблення наукових і теоретичних основ надання кваліфікованої правової допомоги всім особам, які залучаються у сферу кримінального судочинства, вимагає розроблення наукою кримінального процесу теоретичних основ діяльності адвоката як самостійного суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності.

Слід зазначити, що кримінально-процесуальний закон повною мірою не розкриває

змісту конституційного положення щодо права кожного на отримання правової допомоги. Так, ст. 21 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України встановлює та регулює порядок забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, у тому числі мати захисника. Стаття 52 КПК України передбачає право потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача скористатися послугами адвоката у ролі представника їх прав і законних інтересів. Додатково до цього КПК України вперше наділяє свідка правом користуватися послугами адвоката під час допиту чи проведення інших слідчих дій за його участю (п. 4¹ ч. 1 ст. 69¹, ч. 5 ст. 167 КПК України).

На нашу думку, сформульоване у Конституції України загальне положення про право кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги стосовно кримінального судочинства має розглядатись як самостійний принцип. Для цього є всі передумови, оскільки це конституційне положення відповідає основним, сутнісним ознакам поняття «принцип».

Як уже зазначалось, у кримінально-процесуальному законодавстві не міститься прямого нормативного регулювання конституційного положення про право кожного на кваліфіковану правову допомогу. Вочевидь, ігнорування законодавцем цього конституційного положення у кримінальному судочинстві видається неправильним. Навряд чи виправданою можна визнати відмову від закріплення цього принципу тим, що кваліфікована допомога, що надається адвокатом-захисником у кримінальній справі, є вираженням принципу забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист. Якщо навіть не враховувати, що надання правової допомоги захисником, як і деякі інші положення, може бути виявом одночасно двох принципів, тим не досліджуване конституційне положення знаходить своє непряме закріплення у змісті норм КПК України, що регулюють питання участі у кримінальному процесі адвоката – представника потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, захисника свідка.

Частина 1 ст. 44 КПК України визначає захисника як особу, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі.

У той самий час право на надання необхідної юридичної допомоги у кримінальному процесі необхідно розглядати більш широко. Такий висновок випливає з аналізу консти-

туційного положення про право кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги, а також із тієї мети, що визначена для адвоката Законом України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р.: сприяння захисту прав, свобод і представництво законних інтересів громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надання їм іншої юридичної допомоги.

Заслуговує на увагу також те, що ні Конституція України, ні Закон України «Про адвокатуру» не обмежують коло осіб – суб'єктів отримання правової допомоги. Таким чином, правовий статус адвоката щодо надання ним кваліфікованої правової допомоги повинен охоплювати всю сукупність дій, що вчинюються ним на захист і в інтересах будь-яких осіб, які залучаються у сферу кримінального судочинства.

У всіх випадках участі у кримінальному процесі будь-яких осіб, за винятком тих, кваліфіковане представництво та захист яких прямо передбачені кримінально-процесуальним законом (підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, свідок), створюються передумови для різного роду правопорушень із боку посадових осіб, які ведуть кримінальний процес. Це можуть бути порушення, пов'язані як із нероз'ясненням прав і незабезпеченням можливості їх реалізації (пасивна форма), так і вчиненням дій, що порушують права і законні інтереси цих осіб (активна форма). В усіх цих випадках відсутні підстави для діяльності адвоката в ролі захисника чи представника, оскільки такі особи (наприклад, заявник, особа, яка з'явилася з повинною, особа, в приміщенні якої проводиться обшук або накладення арешту на майно тощо) не є тими учасниками процесу, права яких може захищати захисник або представляти представник. Така ситуація свідчить про недостатню захищеність прав і законних інтересів осіб, які залучені у сферу кримінального судочинства, однак не мають визначеного процесуального статусу, та переконує в необхідності наукового обґрунтування концепції участі адвоката як окремого (самостійного) суб'єкта процесу нарівні з адвокатом-захисником і адвокатом-представником.

Конституція України 1996 р. не тільки проголосила основні права та свободи громадян, а й закріпила у загальних ознаках механізм реалізації цих прав. Стаття 3 Основного Закону проголошує, що права та свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є основним обов'язком держави.

З цього випливає, що права та свободи людини є змістом діяльності всіх органів державної влади і, перш за все, судової, виключною функцією якої є правосуддя, забезпечення дотримання прав і свобод людини відповідно до закону.

Принцип безпосередньої дії конституційних прав і свобод передбачає, що більшість із них для своєї безперешкодної реалізації потребують конкретизації в законі, встановлення правил і процедур, які впорядковують їх існування та дотримання.

З метою забезпечення права особи на кваліфіковану правову допомогу Конституція України передбачає:

- кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав (ч. 1 ст. 59);
- для забезпечення права захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ч. 2 ст. 59);
- кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника (ч. 4 ст. 29).

Тлумачення цих норм доводить, що вони є гарантіями надання правової допомоги кожному у захисті його прав і законних інтересів у всіх органах публічної влади, а також надання кваліфікованої правової допомоги особам, затриманим за підозрою у вчиненні злочину, взятим під варту й обвинуваченим у вчиненні злочину. Таким чином, є всі підстави розглядати закріплене у ст. 59 Конституції України положення як конституційний

принцип забезпечення права кожного на кваліфіковану правову допомогу.

Конституційне положення про гарантування кваліфікованої правової допомоги кожній особі – учаснику кримінального процесу обумовлює існування кримінально-процесуальної функції адвоката щодо надання такої допомоги, при цьому не тільки учасникам кримінального процесу – представникам сторін обвинувачення та захисту, а й іншим особам, які залучаються у сферу кримінального судочинства і потребують у зв'язку з цим правової допомоги адвоката. Тому, на нашу думку, здійснювати дослідження діяльності адвоката у кримінальному процесі слід через призму конституційного права кожного на отримання кваліфікованої правової допомоги.

Крім того, вважаємо необхідним передбачити у чинному КПК України статтю, присвячену нормативному закріпленню принципу забезпечення права кожного, хто бере участь у кримінальному судочинстві, на кваліфіковану правову допомогу, що може бути сформульована таким чином:

«Стаття... Забезпечення права кожного учасника кримінального процесу на отримання кваліфікованої правової допомоги.

Особам, які залучаються у сферу кримінального судочинства, забезпечується право на отримання кваліфікованої правової допомоги, яке вони можуть здійснювати за допомогою адвоката.

Суд, прокурор, слідчий, особа, яка провадить дізнання, зобов'язані забезпечити право кожного скористатися послугами адвоката.

У випадках, передбачених цим Кодексом, правова допомога здійснюється за рахунок держави».

The maintenance of the right of the person on the qualified legal aid, as the bases of participation of the lawyer in criminal trial is considered. Necessity of research of activity of the lawyer for criminal trial through a prism of a constitutional law of everyone on reception of the qualified legal aid is proved.

В статье рассматривается содержание права лица на квалифицированную юридическую помощь как основания участия адвоката в уголовном процессе, обосновывается необходимость исследования деятельности адвоката в уголовном процессе через призму конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.



ОБ'ЄКТИВНА ІСТИНА ЯК МЕТА ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Олег Нарійчук,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті аналізується розуміння істини у працях учених на різних етапах розвитку правової думки людської цивілізації, формулюється поняття встановлення об'єктивної істини.

Ключові слова: істина, доказування, об'єктивна істина, докази.

Правильне розуміння істини у кримінальному судочинстві має велике практичне значення. Встановлення істини передбачає покарання винуватих і виправдання невинуватої особи. Якщо в результаті неправильної оцінки доказів до кримінальної відповідальності притягнуто невинувату особу, то істина у справі не була встановлена, а це означає, що не були виконані завдання, які стоять перед кримінальним судочинством. Саме тому встановлення об'єктивної істини у справі є основною метою доказування і одночасно одним із його принципів.

Проблема істини завжди була в центрі уваги науковців і все ще не втратила своєї актуальності, залишається предметом дискусій. Це зумовлено тим, що питання істини є одним з основних у будь-якій галузі людського пізнання, у тому числі у кримінальному судочинстві.

Аристотель вважається автором класичного поняття істини. На його думку істину говорить той, хто вважає роз'єднане роз'єднаним, зв'язане зв'язаним, а помиляється той, у кого думки суперечать тому, як насправді відбувалися події [1, с. 250].

Людина ніколи не зможе повернутися в минуле, а тому обговорюватиме невідповідність тих чи інших тверджень подіям, які відбулися. Це стає можливим тому, що дійсність завжди дається нам через знання [2, с. 133].

Х. Патнем називає істинністю пропозиції її «ідеалізовану обґрунтованість», тобто ту межу, до якої прагнуть різні люди при обґрунтуванні певного явища, процесу. Реальність, для Патнема полягає у принциповій можливості того, що людська думка про один і той самий предмет матиме спільні ознаки, а от М. Дамміт розглядає істину як обґрунтованість пропозиції [2, с. 134].

По-різному розглядали істину і дореволюційні процесуалісти. Деякі з них ствер-

джували, що судова істина – це істина формальна [3, с. 70]. І. Михайловський зазначав, що завданням будь-якого суду має бути не прагнення до встановлення безумовно матеріальної істини, а прагнення до істини юридичної [4, с. 87–88]. С. Вікторський все ж веде мову про матеріальну істину, тобто те, що визнається суддею, має відповідати дійсності, та, відповідно, й є істиною [3, с. 71]. Л. Владіміров вважає, що фактичної вірогідності не існує об'єктивно, вона залежить від стану нашої переконаності [5, с. 99]. В. Слущевський також не погоджується з об'єктивним характером істини, що встановлюється судом. Він вказує, що в галузі судового дослідження й у справах судових суддів змушений, через недосконалість засобів людського правосуддя задовольнятися високим ступенем імовірності [6, с. 397]. Серед сучасних авторів, заслуговує на увагу позиція С. Пашина, який висловлює думку про те, що прагнення до встановлення об'єктивної істини неприйнятне для змагального типу процесу [7, с. 15]. Його підтримує М. Бобров: не слід філософські суперечки про можливість досягнення об'єктивної істини переносити на судову практику, де минуле відновлюється з досить відносним ступенем вірогідності [8, с. 20].

Слід зазначити, що саме встановлення об'єктивної істини у справі відрізняє нашу правову систему від країн англо-американської правової сім'ї, в яких судовий розгляд – це спір між сторонами, які надають суду свої докази. В цих країнах визнання обвинуваченим своєї вини тягне за собою припинення процесу й є достатньою підставою для винесення обвинувального вироку [9, с. 115–118].

Істину будь-якої людської діяльності можна вважати істиною об'єктивною, яка має два різних рівня – відносний та абсолютний [10, с. 356].

На нашу думку, не можна погодитися з авторами, які заперечують можливість до-

сягнення об'єктивної істини у кримінальному судочинстві, оскільки вони не враховують специфічності об'єкта пізнання у кримінальному процесі, який є складним комплексом явищ соціального, матеріального та психологічного характеру. Суб'єкт кримінально-процесуального доказування (слідчий, прокурор, суддя) не сприймає факт злочину особисто, а свідчення про його обставини вони отримують не безпосередньо, а з документів, свідчень тощо. Доказування фактичних обставин справи відбувається відповідно до закономірностей, що притаманні будь-якому процесу пізнання об'єктивної дійсності, однак його особливість полягає у тому, що його мета, засоби та строки передбачені кримінально-процесуальним законодавством.

Встановлення об'єктивної істини – це повне, всебічне й об'єктивне дослідження всіх обставин справи, вини обвинуваченого, відповідно до того, як вони мали місце у дійсності та наскільки вони необхідні для розв'язання справи по суті. Істина у кримінальному процесі передбачає повну та точну відповідність суджень (висновків) органів дізнання, слідчих, прокурора і суду про всі обставини справи реальній дійсності. Отже, об'єктивну істину мають встановлювати й як органи досудового слідства, так і суди. Встановлення об'єктивної істини – складний процес, оскільки для встановлення обставин, пов'язаних із подією злочину, необхідно зібрати достатню кількість доказів, ретельно перевірити їх та оцінити належним чином.

Оцінка доказів відбувається на всіх стадіях судочинства. Від об'єктивної оцінки доказів залежить правильність вирішення справи, досягнення істини.

Деякі автори вважають критерієм досягнення об'єктивної істини практичну діяльність. Так, на думку Ю. Астаф'єва, в загальнонауковому контексті можливі такі варіанти встановлення об'єктивної істини: умовивід перевіряється серією практичних дослідів; факт вважається встановленим з певною можливістю допущення помилки, однак вірогідність останньої мала; умовивід спирається на таку систему абсолютно встановлених даних, що об'єктивно істинним визнається факт, який реально не перевіряється практикою. Останнє характеризує істину, що встановлюється у процесі [11, с. 60].

Однак ми не можемо погодитися з тим, що практику не слід виділяти як критерій

встановлення істини лише на тій підставі, що вона не вичерпується безпосередніми дослідними діями з перевірки істинності висновку. Як правило, практика застосовується в опосередкованій формі, а критерієм істинності в кримінальному процесі є практична діяльність людини в різних сферах життя (економічній, соціальній, культурній тощо). Проте ми маємо дуже уважно ставитися до внутрішніх переконань особи, яка застосовує правові норми, оскільки такі переконання також необхідно перевіряти за допомогою практики.

Висновки

Практика людської діяльності зумовлена особистим і колективним досвідом; вона визначає правосвідомість працівників правоохоронних органів. Саме на основі практичного досвіду та внутрішніх переконань суб'єкта правозастосовчої діяльності здійснюється пошук об'єктивної істини. Тому можна стверджувати, що встановлення об'єктивної істини є обов'язковою метою процесу доказування у кримінальній справі.

Література

1. Аристотель. Сочинения: В 4 т. – М., 1975. – Т. 1. – 550 с.
2. Современная философия науки. – М., 1994. – 254 с.
3. Мешков М., Викторский С. Русский уголовный процесс. – М., 1997. – 448 с.
4. Михайловский И. В. Основные принципы организации уголовного суда: уголовно-политическое исследование. – Томск, 1905. – 342 с.
5. Владимиров Л. Е. Суд присяжных. – Х., 1873. – 211 с.
6. Случевский В. Учебник русского уголовного процесса: Судостроительство – судопроизводство. – СПб., 1913. – 684 с.
7. Нормативные материалы о судьях и суде присяжных. – М., 1994. – 112 с.
8. Бобров М. М. Становление судебной власти // Вестник Верховного Суда СССР. – 1991. – № 10. – С. 15–18.
9. Бернем У. Суд присяжных заседателей. – М., 1995. – 128 с.
10. Введение в философию / И. Т. Фролов и др. – М., 2003. – 623 с.
11. Юридические записки: Жизнь в науке. К 100-летию со дня рождения М. С. Строговича // Юридические записки Воронежского университета. – Воронеж, 1995. – Вып. 2. – 96 с.

The understanding of true in works of scientists at different stages of development of legal thought of a human civilization is analysed. The concept of an establishment of an objective truth is formulated.

В статье анализируется понимание истины в трудах ученых на разных этапах развития правовой мысли человеческой цивилизации, формулируется понятие установления объективной истины.



ПЕРЕДУМОВИ ТА КРИТЕРІЇ ДОПУСТИМОСТІ ВИКОРИСТАННЯ КОМПРОМІСІВ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТІВ НА ДОСУДОВИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Ігор Паризький,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Київського національного університету внутрішніх справ*

У статті розглядаються основні передумови використання компромісів у кримінальному судочинстві, визначені критерії допустимості компромісних процедур.

Ключові слова: кримінальне судочинство, конфлікт, компроміс.

Проблема вирішення конфліктних ситуацій є однією з найбільш актуальних і гострих на досудових стадіях кримінального процесу. Конфліктогенність цієї сфери діяльності має об'єктивний характер, що підтверджується філософсько-соціологічними та психологічними дослідженнями конфлікту як носія суперечностей, джерела розвитку й удосконалення соціальних систем.

Основою кримінально-процесуальної діяльності є кримінально-правовий конфлікт, який виникає між суспільством і особою та детермінує виникнення інших конфліктів під час провадження у кримінальній справі, тому вести мову про «безконфліктне» досудове розслідування неможливо. Специфіка кримінально-процесуальної діяльності характеризується зіткненням різних інтересів, особливою психологічною атмосферою, в якій відбувається розслідування. Чітка процесуальна форма, якої повинні дотримуватися державні органи та посадові особи, які ведуть кримінальний процес, можливість застосування заходів кримінально-процесуального примусу й інші фактори зумовлюють закономірність виникнення різних конфліктних ситуацій у сфері кримінального судочинства, найбільш небезпечною формою серед яких є перешкоджання розкриттю та розслідуванню злочинів.

Сучасний розвиток кримінально-процесуального законодавства, перехід від розшукової до змагальної моделі кримінального процесу поставили на перший план необхідність пересмислення проблем вирішення конфліктів кримінального судочинства, передусім тих, що виникають у досудовому провадженні. Саме їх вирішення створює необхідні умови для своєчасного, об'єктивного й обґрунтованого прийняття судових рішень.

У чинному Кримінально-процесуальному кодексі (далі – КПК) України знайшов своє закріплення компромісний спосіб вирішення конфліктів у досудовому провадженні, що останніми роками набуває актуальності та розвитку в практичній діяльності відповідних органів.

Однак слід зазначити, що застосування компромісів у кримінально-процесуальній діяльності приховує і певну загрозу. Застосування компромісів для вирішення конфліктів, які є результатом вчинення злочину та реакцією на нього, має відповідати (бути адекватним) тому ступеню небезпеки для суспільства, яким є сам злочин. У зв'язку з цим існує ризик занадто широкого використання компромісів на шкоду інтересам суспільства, а відсутність адекватних компромісних процедур призведе до виключно репресивного характеру кримінальної юстиції.

Очевидно, що кримінальне судочинство має поєднувати такі способи вирішення конфліктів, як суперництво (репресія) та компроміс. Це положення цілком справедливо потребує вирішення питання про умови, що визначають необхідність і потребу в компромісних процедурах, а також про межу між допустимими та недопустимими компромісними діями сторін. У свою чергу, відповідь на це питання вимагає визначення передумов використання компромісів і критеріїв їх правомірності.

Метою цієї статті є дослідження передумов і критеріїв допустимості використання компромісів для вирішення конфліктів у досудових стадіях кримінального судочинства.

Конфліктність кримінального судочинства, у тому числі компромісні процедури її вирішення, розглядалися у роботах О. Баєва, В. Коновалої, В. Лукашевича, В. Тертишника, В. Кузьмічова, Є. Курти, В. Назарова, В. Чорного, О. Парфіло. Окремим формам компромісних процедур, зокрема примиренню сторін і дієвому каяттю, присвячені роботи І. Гайворонської, М. Григор'євої, О. Житного, В. Жмудь, В. Землянської, В. Лаврищева, О. Перепаді, О. Соловйової, А. Яценка та ін.

Актуальність компромісного вирішення конфліктів досудового розслідування в умовах розвитку суспільних відносин та вдосконалення механізму їх кримінально-процесуального регулювання зумовлює необхідність поглиблення знань і розвитку практичних навичок їх застосування.

Витоки компромісного вирішення конфліктів кримінального судочинства сягають історії зародження та становлення вітчизняного кримінального процесу. Кримінальне судочинство достатньо рано почало створювати та розвивати гуманістичні засади кримінального провадження. Зокрема, ідея примирення сторін як обставина, що виключала кримінальне переслідування особи, була закладена у кримінально-процесуальне законодавство ще у XV ст. Так, Судебник 1497 р. передбачав примирення обвинувача з обвинуваченим на будь-якій стадії процесу. Примирення було підставою до закриття справи із стягненням судових витрат.

Із розвитком кримінально-процесуального законодавства компромісна процедура примирення знаходила своє відображення та розвиток у нормативно-правових актах (Уложені про покарання кримінальні та виховні 1845 р., Уставі кримінального судочинства 1864 р., КПК УРСР 1960 р.) і застосовувалась як у справах приватного обвинувачення, так і в інших кримінальних справах.

Що стосується сучасних передумов застосування компромісів для вирішення конфліктів на досудових стадіях кримінального судочинства, то, насамперед, вони зумовлені переходом вітчизняного кримінального процесу з розшукового типу на охоронний. Безумовно, відмова від «боротьби із злочинністю» на користь «захисту прав особи» принципово змінить сутність кримінального судочинства. Ця зміна характеризується, перш за все, тим, що під час боротьби із злочинністю держава ставила власні цілі, а особи, які постраждали від злочину, були лише приводом і підставою для цієї боротьби, виступали так би мовити «другорядним елементом» у виконанні цього державного завдання. Розвиток компромісних процедур дозволяє збільшити кількість кримінальних справ, що вирішуватимуться на підставі взаємодопустимих рішень (поступок) сторін обвинувачення та захисту. Про тенденцію до розширення таких можливостей свідчать зміни, внесені до статей 45, 46 Кримінального кодексу (далі – КК) України Законом України від 15.04.2008 р., якими розширено перелік злочинів, по яким примирення винного з потерпілим, а також дієве каяття є підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Тенденція до прискорення кримінального судочинства також є передумовою використання компромісних процедур. При цьому прискорення судочинства визначається не скороченням обов'язкових процедур, а відсутністю тяганини, забезпеченням «права особи на швидкий суд», що виступає одним із суттєвих досягнень демократії.

Саме компроміс є тим способом вирішення конфліктів, до якого звертаються сторони за власним бажанням і за готовності прийняти взаємовигідні рішення. І хоча у певних випадках таке бажання може бути викликане вимушеними обставинами, але на момент прийняття

рішення сторони готові до своєрідної форми взаємодії, тим самим зменшуючи загальні витрати на врегулювання конфлікту.

Передумовою використання компромісів також слід визнати тенденцію до інтернаціоналізації кримінального судочинства. Сучасні держави функціонують у єдиному світовому просторі, що передбачає й зумовлює їх взаємозв'язок і взаємодію. Процес інтернаціоналізації кримінального судочинства на певному етапі передбачає вплив певних тенденцій на системи кримінального процесу різних країн світового співтовариства. Одна з таких тенденцій – посилення інтересу до принципу доцільності.

Принцип доцільності поступово витісняє принцип законності з кримінального судочинства західних держав (Бельгії, Данії, Норвегії, Японії та ін.). Так, якщо відповідно до принципу законності компетентна особа зобов'язана порушити кримінальну справу по кожному злочину, то відображенням принципу доцільності є можливість такої особи у кожному конкретному випадку вирішувати питання щодо доцільності та необхідності порушення справи [1, с. 480–481].

Світовою тенденцією є також розвиток компромісних способів урегулювання конфліктів кримінального судочинства. Більш як 20-річний досвід застосування програм примирення в окремих країнах (США, Канада, Німеччина, Великобританія та ін.) засвідчив ефективність відновного, альтернативного правосуддя.

Разом із тим при застосуванні компромісних процедур важливе значення має встановлення критеріїв їх допустимості. Під критеріями допустимості застосування компромісів необхідно розуміти такі ознаки, на підставі яких можна зробити висновок про можливість їх застосування за певних умов. Які ж критерії визначають поняття «допустимість»?

Слід зазначити, що нормативно поняття «допустимість» не визначене. Однак у науці кримінального процесу, зокрема в теорії доказів, розроблене поняття «допустимість доказів». Основою процесуального правила про допустимість доказів є конституційне положення про те, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, а також на припущеннях (ч. 3 ст. 62 Конституції України). На думку більшості процесуалістів, допустимість доказів – це законність їх джерела, способу отримання та фіксації [2, с. 27; 3, с. 59–60].

Законність як критерій, що визначає поняття «допустимість», виділяють і представники криміналістичної науки. Так, В. Шепітько називає такі критерії допустимості тактичних прийомів: законність, науковість, етичність, вибірковість, наукова цінність [4, с. 249].

На нашу думку, при визначенні критеріїв допустимості компромісів у кримінальному судочинстві основну роль відіграють законність і етичність. Законність є основоположним критерієм, що насамперед визначає той чи інший

спосіб поведінки як допустимий, а етичність має важливе значення саме для компромісного способу поведінки, що передбачає систему взаємних поступок сторін обвинувачення та захисту.

Поширення критерію законності на компромісні процедури полягає в тому, що вони мають застосовуватися на підставі норм КК України і КПК України. При цьому:

- допустимість використання компромісних процедур можлива лише тоді, коли кримінальне переслідування є обґрунтованим;
- вибір варіанта компромісного рішення має бути зумовлений фактичними обставинами справи;
- допустимість компромісів визначається як нормами, що мають загальний характер, так і нормами, що регламентують конкретну компромісну процедуру;
- практичне застосування компромісних процедур є правом державних органів і посадових осіб, які ведуть процес, і здійснюється на добровільних засадах;
- рішення про можливість застосування компромісу має бути прийняте до вирішення справи по суті;
- компроміси можуть бути застосовані лише за певною категорією злочинів (так, ст. 46 КК України допускає примирення як підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості).

Відомо, що будь-яка дія суб'єкта, який здійснює кримінальне судочинство, має бути етичною, відповідати нормам моралі. Оцінка допустимості компромісних процедур кримінального судочинства з точки зору етичності викликає певні проблеми. З одного боку, наявність загальних, декларативних критеріїв, а подекуди і просто догматичних настанов, що зобов'язують дотримуватись етичності, а з іншого – значна відірваність теоретичних визначень, що утворюють категорію етичності, від реально реалізованих етичних засад практичної діяльності створюють ситуацію, коли етичні догми не можуть запропонувати нічого, крім свого пропагування, без розуміння об'єктивних процесів, їх внутрішніх суперечностей [5, с. 18]. Ця ситуація ускладнюється також проблемами професійної деформації працівників правоохоронних органів, зокрема органів внутрішніх справ, що виникає внаслідок негативних особливостей змісту, організації й умов їх професійної діяльності. У зв'язку з цим спостерігається де-що «викривлене» розуміння цілей, завдань діяльності, передусім способів їх досягнення.

Запропонувати готові рецепти поведінки на всі випадки та конкретні ситуації неможливо, однак можна визначити загальні критерії неетичності застосування компромісного способу вирішення конфлікту. Так, компроміс не може ґрунтуватися:

- на правовій необізнаності учасника компромісу, на його нерозумінні власних прав і обов'язків, а також наслідків своїх дій;
- на поступках і рішеннях, що завідомо не можуть бути виконані;
- на сфальсифікованих доказах і матеріалах;
- на вадах психіки особи й інших хворобливих станах, а також на релігійних та інших переконаннях;
- на виправданні вчинення злочину та зменшенні його суспільної небезпечності.

Щоб диференціювати етичний і неетичний компроміс, можливість його застосування необхідно розглянути з точки зору досягнення мети розслідування. Як зазначає В. Бакштановський, моральним і доцільним є той засіб, який необхідний і достатній для досягнення моральної мети [6, с. 49]. Іншими словами, суб'єкт досудового розслідування постає перед дилемою: припинити розслідування через неможливість його подальшого проведення у зв'язку з відсутністю ефективних засобів, передбачених законом, або піти на поступки стороні захисту з метою отримання необхідної доказової інформації та забезпечення успіху розслідування.

Р. Белкін такі ситуації називає ситуаціями морального компромісу та зазначає, що вони допустимі лише в об'єктивно вимушених випадках, коли немає іншого виходу, а результат такого компромісу позитивно вплине на досягнення цілей досудового розслідування. У той самий час заперечення такого компромісу він називає удаваною турботою про «абсолютну чистоту» засобів боротьби із злом [5, с. 21].

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що допустимість компромісних прийомів – це можливість їх застосування в конкретних конфліктних ситуаціях на досудових стадіях кримінального процесу відповідно до вимог законності й етичності; сукупність критеріїв допустимості, насамперед критеріїв законності й етичності, – це єдина система оцінки можливості застосування цього способу вирішення конфліктів. Невідповідність компромісу будь-якому з критеріїв призводить до порушення допустимості, отже, і неможливості його застосування.

Література

1. Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права. – СПб., 1995. – 839 с.
2. Кипнис Н. М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995. – 127 с.
3. Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. – К., 2005. – 272 с.
4. Шенитько В. Ю. Теория криминалистической тактики. – Х., 2002. – 349 с.
5. Белкин Р. С. Нравственные начала деятельности следователя ОВД. – М., 1999. – 48 с.
6. Бакштановский В. И. Принципы морального выбора. – М., 1974. – 64 с.

The basic preconditions of use of compromises in criminal trial are considered, criteria of an admissibility of compromise procedures are defined.

В статье рассматриваются основные предпосылки использования компромиссов в уголовном процессе, определены критерии допустимости компромиссных процедур.



ПРО УЧАСТЬ СУДУ У ЗБИРАННІ ДОКАЗІВ ПРИ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ В ПЕРШІЙ ІНСТАНЦІЇ

Володимир Корсун,

*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

У статті досліджені повноваження суду у збиранні доказів при розгляді кримінальної справи на різних етапах розвитку кримінального судочинства.

Ключові слова: суд у кримінальному процесі, збирання доказів, змагальність сторін.

Питання щодо мети кримінального судочинства, моделі взаємовідносин суду із сторонами процесу та ролі суду в збиранні доказів у змагальному судочинстві завжди перебували у полі зору наукових досліджень у сфері кримінально-процесуального права. Слід погодитися з Д. Тальбергом з приводу того, що завдання кримінального судочинства протягом усієї його історії залишається без змін; завжди суд прагнув до істини, до здійснення найвищої справедливості, завжди для досягнення високої мети суду законодавець обирав найбільш досконалі форми судочинства [1, с. 21].

Протягом десятиріч років кримінально-процесуальне законодавство визнавало суд центральною ланкою всієї системи доказування. Саме на суд з метою встановлення істини у кримінальній справі покладался обов'язок здійснювати всі, необхідні, на його думку, дії щодо збирання доказів. Однак останніми роками судово-правова реформа, що проводилася в Україні, розпочала, а реформування органів кримінальної юрисдикції та кримінально-процесуального законодавства продовжило серед учених і практиків у галузі кримінального судочинства дискусію про роль суду у збиранні доказів [2, с. 75]. Так, тлумачення принципу змагальності, закріпленого у п. 4 ст. 129 Конституції України та ст. 16¹ Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України, і визначення її меж у кримінальному процесі тісно пов'язане з питаннями встановлення ролі та повноважень суду у збиранні доказів.

Якщо діяльність по збиранню доказів здійснюється сторонами, то чи повинен суд зберегти такі повноваження, чи він повинен бути лише суб'єктом перевірки й оцінки наданих сторонами доказів? Чи повинен суд при недостатності наданих йому доказів за своєю ініціативою виступати нові дані, чи це є обов'язком сторін? Відповіді на ці та інші питання потребують дослідження розвитку повноважень суду у збиранні доказів, зокрема при розгляді кримінальної справи по суті в першій інстанції, що і є **метою цієї статті**.

Свого часу Устав кримінального судочинства, прийнятий 20.11.1864 р. (далі – Устав), закріплював змагальний принцип судового розгляду та передбачав активність суду у питаннях кримінально-процесуального доказування.

Більшість учених, які досліджували кримінальний процес, сформований на положеннях Уставу, дотримувалися точки зору про необхідність встановлення об'єктивної істини у кримінальному процесі, про активну позицію суду у збиранні доказів. Як зазначав В. Случевський, як основний двигун процесу сторони не виключають самостійності суду, не зобов'язують його вирішувати справу лише за тими даними, що були надані сторонами. Звідси й права суду щодо провадження за власною ініціативою нових оглядів, виклику осіб для допиту й експертів для провадження експертиз [3, с. 66].

Стосовно ролі суду у збиранні доказів М. Духовской зазначав, що оскільки кримінальний процес ведеться в інтересах не тільки сторін, а й встановлення істини, судове слідство не може обмежуватися розглядом того, що представлено сторонами. Суд повинен спробувати отримати докази, що допоможуть вирішити справу. Тому суд може викликати нових свідків, проводити нові дослідження, огляди, і навіть у повному складі виїхати на місце вчинення злочину, витребувати речові та письмові докази, що не були відомі слідчому та сторонам процесу [4, с. 351].

Деякі вчені, досліджуючи процесуальну активність суду у збиранні доказів, звертали увагу на те, що така активність має бути додатковою та здійснюватися тільки за наявності прогалин у процесуальній активності сторін. Так, М. Гернет зазначав, що суд не повинен протиставляти себе жодній із сторін, однак зобов'язаний надати можливість кожній із них роз'яснити справу, а потім включитись у змагання [5, с. 1123]. Такої ж позиції дотримувався Д. Тальберг, на думку якого кримінальний суд приймає достатньо дієву участь у збиранні доказів; на досудовому слідстві ця діяльність органів судової влади має майже виключний характер, однак в інших частинах судочинства, передусім

на судовому слідстві, навпаки, суд приймає участь у збиранні доказів настільки, наскільки це необхідно для всебічного з'ясування обставин справи, як би доповнює діяльність сторін [1, с. 98].

Загалом, згідно з Уставом судове слідство характеризувалося процесуально активною позицією суду, який не тільки вирішував клопотання сторін, а й самостійно за своєю ініціативою збирав нові докази. Збирання доказів судом здійснювалося з метою як доповнення доказової бази, так і перевірки (дослідження) доказів. При цьому у деяких випадках норми Уставу детально не регламентували питання збирання доказів, тим самими залишаючи певний простір для розсуду суб'єкта правозастосування.

Збирання доказів судом здійснювалося двома способами: *безпосереднім* – через судові дії як способи збирання доказів за ініціативою суду і опосередкованим – через вирішення клопотань учасників процесу про провадження зазначених судових дій.

До судових дій, що могли бути проведені за ініціативою суду, Устав відносив: допит підсудного (ст. 684), провадження нового огляду (ст. 688), виклик і допит слідчого (ст. 690), призначення нового огляду та допит експерта (ст. 692), повторний допит свідка (ст. 724), очна ставка (ст. 726).

Єдина судова дія, провадження якої визнавалося процесуальною активністю сторін, – це допит викликаних сторонами свідків. Так, відповідно до ст. 720 Уставу запитання свідку ставилися тією стороною, за ініціативою якої він був викликаний на допит, потім – іншою стороною, а якщо відповідями на запитання сторін предмет показань не був повністю з'ясований, то головуєчий або член складу суду з дозволу головуєчого могли запропонувати додаткові запитання.

Якщо вести мову про опосередкований спосіб збирання доказів судом, то слід зазначити, що Устав не містив систематизованих правил вирішення клопотань учасників процесу. Порядок вирішення певного клопотання встановлювався тією статтею Уставу, що регламентувала проведення відповідної судової дії. Загалом можна констатувати, що задоволення лише одного виду клопотань (про виклик і допит свідків, допитаних на досудовому слідстві) мало для суду безумовний характер. Використання сторонами всіх інших способів процесуальної активності повністю залежало від суду. При цьому, вирішуючи клопотання, суд не тільки з'ясовував дотримання процедури його заявлення, а й досліджував питання щодо належності та необхідності відомостей, що можуть бути отримані в результаті задоволення клопотання і проведення відповідних судових дій.

Таким чином, у стадії судового розгляду в період дії Уставу суд характеризувався активною процесуальною позицією у збиранні доказів як безпосереднім, так і опосередкованим способами. При цьому, регламентуючи прова-

дження окремих судових дій, Устав реалізує ідею про субсидіарну активність суду (виклик і допит свідків). Виходячи із загального змісту Уставу та поширених ідей тогочасних учених-процесуалістів, активність суду у збиранні доказів повинна була виявлятися за «остаточним принципом», тобто перш як суду виявляти свою активність у збиранні доказів, він стосовно кожної обставини повинен був дати можливість виявити її сторонам усіма способами, передбаченими Уставом.

Новий етап у розвитку кримінально-процесуального права зумовлювався встановленням радянської влади. Формально інститут процесуально рівноправних сторін ще залишався, однак діяльність сторін практично мала факультативний характер, а суду надавалося право вирішувати всі питання судового розгляду.

Ідея посилення процесуальної активності суду у судовому розгляді знайшла своє закріплення для того часу в Декреті про народний суд УРСР від 14.02.1919 р. Цим документом за судом визнавалася нічим не обмежена активність у збиранні та дослідженні доказів.

У прийнятому в 1922 р. КПК УРСР ще залишалися відголоски положень Уставу 1864 р., однак ідея додаткової активності суду в збиранні доказів все більше відходила на другий план. У редакції КПК УРСР 1923 р. суд все більше підміняв діяльність сторін, беручи участь у змаганні за власною ініціативою.

П. Люблінський і М. Полянський зазначали, що перш як постановити рішення про віддання до суду та призначити справу до розгляду суддя повинен ретельно перевірити, чи немає у справі обставин, що вимагають їх завчасного з'ясування органами дізнання та досудового слідства; без цього може бути так, що справа, призначена до розгляду, може неодноразово відкладатися для збирання сторонами нових доказів і додаткового розслідування слідчим чи органом дізнання [6, с. 208, 209]. У цьому випадку суддя поєднує в своїй діяльності виконання трьох функцій: навіть не беручи безпосередньої участі у збиранні доказів, визначаючи, які обставини необхідно встановити, суддя включається у виконання невластивих йому функцій обвинувачення та захисту.

Крім того, питання про перевірку повноти слідства, а за необхідності і доповнення списку свідків, вирішувалося судом під час розпорядчого засідання. Таким чином, суд міг безпосередньо брати участь у збиранні доказів через встановлення та виклик осіб, яких він вважав необхідним допитати як свідків. І як би вчені-процесуалісти не намагались обґрунтувати те, що така діяльність суду не означає, що суддя вже переконаний у доведеності обвинувачення, що доведеність вимагається лише для обвинувального вироку, а для віддання до суду достатньо переконання в тому, що обвинувальний вирок є ймовірним [6, с. 208, 210], характер цієї діяльності мав переважно обвинувальну спрямованість і не може не визнаватися таким, що супе-

речить принципу змагальності. Таким чином, суд уже в розпорядчому засіданні розпочинав дослідження питання винності обвинуваченого.

На відміну від Уставу 1864 р., за КПК УРСР навіть діяльність щодо виклику та допиту свідків не належала до виключної процесуальної ініціативи сторін. Не передбачалась і можливість виклику свідків «за свій рахунок». Не було і безумовності задоволення судом клопотань сторін про виклик свідків, допитаних на досудовому слідстві. Активність суду мала всебічний характер і не ставилась у залежність від процесуальної активності сторін.

Суд брав участь у збиранні доказів як опосередковано, так і безпосередньо через провадження окремих судових дій за своєю ініціативою. При цьому під час розгляду клопотання, заявленого стороною, суд міг дійти висновку, що для справи може мати значення не той доказ, який вимагає сторона, а інший; у такому випадку суд міг витребувати цей доказ за власною ініціативою [6, с. 239].

Показовим також є те, що норми КПК УРСР, що регламентували порядок провадження судових дій, завжди текстуально виводили на перший план ініціативу суду, надаючи процесуальній діяльності сторін другорядне значення. Таким чином, на той час суд відіграв активну роль у збиранні та дослідженні доказів. Діяльність сторін по збиранню доказів поступово втрачала своє основне значення, оскільки суд фактично концентрував у собі виконання трьох основних процесуальних функцій.

Питання про те, чи повинен суд самостійно збирати докази, взагалі не було предметом дискусії. Серед учених-процесуалістів на той час переважав погляд про процесуально активну, незалежну від сторін позицію суду в сфері кримінально-процесуальної діяльності. При цьому така активність вбачалась обов'язковим елементом радянської змагальності. Зокрема, М. Строгович зазначав, що змагання сторін провадиться при керівній ролі суду; при цьому сторони наділяються рівними процесуальними правами, використовуючи які, кожна сторона доводить і обґрунтовує свої твердження, осперює твердження іншої сторони. Це й є радянська змагальність, яка зовсім не означає пасивного положення суду, а, навпаки, передбачає його дієву активну роль, при збереженні та забезпеченні сторонам усіх їх прав [7, с. 174].

До прийняття КПК УРСР 1960 р. кримінальний процес слугував політичним цілям і був механізмом застосування репресій до «політично неугодовних осіб». А. Вишинський вважав, що ні суд, ні кримінальний процес не стоять, не стоять і не можуть стояти поза політикою. Це означає невідворотність підпорядкування всього змісту та форми судової діяльності певним класовим політичним цілям і прагненням [8, с. 56].

Після прийняття КПК УРСР 1960 р. (який із значними змінами та доповненнями діє і до цього часу) діяльність суду спрямовується не на вирішення питання про винність чи невинув-

ватість, що є характерним для змагального процесу, а на доведення винності особи, яка залучена у сферу кримінального судочинства. Про це свідчить і формулювання ст. 2 КПК, в якій одним із завдань кримінального судочинства передбачається швидке та повне розкриття злочинів, викриття винних. Змагальний принцип побудови судового розгляду втратив своє значення, а наявність процесуально рівноправних сторін стало фікцією. Основним завданням під час судового розгляду стало не доведення вини чи невинуватості, а підтвердження доказами вже сформованого переконання судді у винності особи. З цим завданням успішно справлявся суд і сторона обвинувачення. При цьому навіть діяльність останньої поступово втрачає свій процесуально активний характер, оскільки всі допущені стороною обвинувачення прогалини в доказовій базі цілком доповнювалися судом. Це було пов'язано із загальним на той час розумінням того, що в органів розслідування, прокурора та суду єдине завдання – боротьба із злочинністю.

Відповідно до ст. 66 КПК суд визнається суб'єктом доказування нарівні з особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором. Метою діяльності цих органів (у тому числі суду – до червня 2001 р.) відповідно до ст. 22 КПК визнається повне, всебічне й об'єктивне дослідження обставин справи, тобто встановлення об'єктивної істини.

Системний аналіз норм КПК УРСР дозволяє зробити висновок, що обов'язок доказування покладался і на суд. Про це зазначав і В. Арсеньєв, на думку якого у разі неповноти досудового розслідування суд повинен усунути її шляхом збирання додаткових доказів [9, с. 58–60].

У стадії судового розгляду суд повністю керував перебігом судового засідання та брав активну участь у дослідженні доказів, усуненні прогалин доказової бази шляхом збирання необхідних доказів. Під час судового розгляду суд міг здійснювати функцію обвинувачення, порушуючи кримінальні справи за новим обвинуваченням чи відносно інших осіб. Суд також опосередковано збирав докази, вирішуючи клопотання учасників процесу, спрямовані на збирання нових доказів у справі. Більшість судових дій, спрямованих на збирання та перевірку доказів, виходячи з буквального тлумачення відповідних кримінально-процесуальних норм, провадилися за ініціативою суду. Таке процесуальне положення суду у збиранні доказів зберіглося до 2001 р. У межах так званої малої судово-правової реформи Законом України від 21.06.2001 р. внесено значну кількість змін і доповнень до КПК України, у тому числі в частині, що стосується повноважень суду в збиранні доказів. Кодекс був доповнений ст. 16¹ «Змагальність і диспозитивність». Суд поступово позбавлявся від виконання невластивих йому функцій обвинувачення та захисту, був звільнений від виконання повноважень щодо: порушення та відмови в порушенні криміналь-

них справ (за винятком справ приватного обвинувачення); повернення за своєю ініціативою (за відсутності клопотання сторони) кримінальної справи для провадження додаткового розслідування з метою притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, кваліфікації дій обвинуваченого за статтею КК України, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, чи для пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього не було пред'явлене; зміни обвинувачення в суді з власної ініціативи; підтримання обвинувачення у разі відмови прокурора.

Таким чином, внесеними змінами була окреслена тенденція до реалізації та подальшого розширення дії принципу змагальності в кримінальному процесі, звільнення його від обвинувального ухилу, чіткого функціонального розподілу обов'язків і повноважень. При цьому повноваження суду щодо самостійного збирання доказів шляхом провадження тих чи інших судових дій не визнаються такими, що суперечать принципу змагальності, та залишились у чинному КПК України фактично незмінними.

Сьогодні, в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства України, посилення змагальних засад кримінального судочинства, визначення повноважень суду, у тому числі у збиранні доказів, необхідно враховувати позитивний і негативний досвід вирішення цих питань на всіх етапах розвитку кримінально-процесуального права.

На нашу думку, необхідно погодитися з думкою В. Маляренка, С. Стахівського про те, що стосовно суду має бути збережена вимога щодо вжиття всіх заходів для повного, всебічного й об'єктивного дослідження обставин справи, для забезпечення законності й обґрунтованості кожного вироку чи іншого судового рішення. Розгляд справи при дотриманні змагальності сторін не повинен перетворювати суд на стороннього глядача. Змагальність сторін не виключає активності й ініціативи суду щодо збирання доказів, необхідних для встановлення істини у справі [10, с. 107; 11, с. 41].

Powers of court on collecting of proofs by criminal case consideration at different stages of development of criminal legal proceedings are investigated.

В статті дослідовані повномочия суду по собиранію доказательств при рассмотрении уголовного дела на разных этапах развития уголовного судопроизводства.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок**, що у змагальному процесі при активному становищі суду останній не може підмінити ту чи іншу сторону, виконувати функцію обвинувачення чи захисту [10, с. 108–109]. Саме у цьому аспекті у новому КПК України мають бути сформульовані повноваження суду, зокрема, щодо порушення кримінальних справ приватного обвинувачення, вирішення клопотань учасників судового розгляду тощо.

Література

1. *Тальберг Д. Г.* Русское уголовное судопроизводство. – К., 1889. – Т. 2.
2. *Корсун В. Я.* Про трансформацію поглядів на роль суду у збиранні доказів // Імперативи розвитку юридичної та безпекової науки: Матеріали наук.-практ. конф., К., 15 квітня 2010 р. – К., 2010. – С. 75–76.
3. *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса. – СПб., 1913. – 684 с.
4. *Духовской М. В.* Русский уголовный процесс. – М., 1910. – 448 с.
5. *Гернет М. Н.* Устав уголовного судопроизводства: Статьи 595–764. Систематический комментарий. – М., 1915. – Вып. 4.
6. *Люблинский П. И., Полянский Н. Н.* Уголовно-процессуальный кодекс: Научно-популярный практический комментарий. – М., 1928.
7. *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – М., 1955. – 383 с.
8. *Вышинский А. Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – 308 с.
9. *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1964. – 179 с.
10. *Маляренко В. Т.* Про змагальність сторін у кримінальному судочинстві та функціональне становище суду (окремі аспекти) // Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку. – К., 2004. – С. 104–119.
11. *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. – К., 2005. – 272 с.



КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ШАХРАЙСТВ У СФЕРІ МОБІЛЬНОГО ЗВ'ЯЗКУ

Андрій Крижевський,

здобувач Національної академії внутрішніх справ

У статті надано криміналістичну характеристику шахрайств у сфері мобільного зв'язку, досліджені місце, обстановка та час вчинення даного виду злочинів, особливості предмета посягання, способи вчинення шахрайств, визначені перспективні напрями подальших розвідок з питань розкриття та розслідування шахрайств у галузі мобільного зв'язку.

Ключові слова: мобільний зв'язок, шахрайство, оператор мобільного зв'язку.

Мобільний зв'язок в Україні на сучасному етапі із знакового атрибуту ділової людини перетворився на обов'язкову складову повсякденного життя ледь не кожного українця. Відповідно витрати на поповнення мобільного рахунку є однією із статей у бюджеті не лише великих і малих підприємств різних форм власності, а й більшості пересічних громадян. Значний обсяг грошових коштів, які обертаються у галузі мобільного зв'язку, не може не привертати до себе увагу представників злочинного світу. Одним із протиправних шляхів заволодіння коштами мобільних абонентів є шахрайство.

Слід зазначити, що останнім часом спостерігається сплеск злочинної активності у сфері мобільних комунікацій. Заслугує на увагу зростання кількості випадків шахрайств, що зумовлює необхідність посилення боротьби із даним видом злочинів. Одним із важливих напрямів наукового пошуку є криміналістична характеристика шахрайств у сфері мобільного зв'язку.

Проблемам розслідування шахрайства у різний час приділялась увага у дослідженнях С. Астапкиної, А. Волобуєва, О. Волохової, В. Гаєнка, М. Галагузи, В. Голубовського, В. Єгошина, О. Журавльова, В. Колесникова, В. Ларичева, О. Лученка, О. Овчинського, В. Отряхіна, Р. Сатугеєва, Г. Спіріна, К. Суркова, Є. Фірсова, С. Шарова, В. Шепітька, П. Яні та ін. Розроблені названими вченими положення методики розслідування шахрайств використовуються у підручниках і навчальних посібниках із криміналістики. Разом із тим слід зазначити, що проведені дослідження не охоплюють певних особливостей шахрайств, що вчиняються у галузі мобільного зв'язку.

Шахрайства у сфері мобільного зв'язку нині стають все більш розповсюдженими та витонченими. Однією з їх особливостей є чітко виражений інтелектуальний характер. Даний вид шахрайств, як правило, тісно пов'язаний із легальною підприємницькою діяльністю. Це зумовлюється тим, що грошові кошти після по-

трапляння на рахунок абонента фактично виключаються із звичайного грошового обороту. Іншими словами, після того, як абонент поповнив власний мобільний рахунок на певну суму коштів (готівковим або безготівковим способом), на його рахунок з'являється аналогічна сума у гривнях. Конвертувати ці грошові кошти у зворотному напрямі (з мобільного рахунку у готівку) без застосування спеціальних процедур неможливо.

Коли йдеться про добросовісного абонента, то при потребі конвертації таких «віртуальних» коштів у готівку відповідна процедура не є для останнього занадто обтяжливою. Так, у разі припинення користування послугами зв'язку одним із обов'язкових питань, що з'ясовується, є необхідність повернення залишку на рахунок у вигляді готівкових коштів. Якщо така необхідність існує, абонентові достатньо повідомити про цей факт оператора мобільного зв'язку (далі – ОМЗ) письмовою заявою, і необхідна сума коштів буде повернута абонентові. Коли ж йдеться про грошові кошти, отримані у результаті шахрайських дій, можливі дві ситуації:

шахрайство вчинено одноразово або вчиняється на нерегулярній основі. При цьому сума коштів, отриманих шахраєм, як правило, не є значною, а самі шахрайські дії можуть вчинятися, серед іншого, з хуліганських мотивів. Досить часто такі дії вчиняються злочинцем з метою «проби пера» та поширені серед неповнолітніх. Так, особа дізналася про той чи інший спосіб незаконного отримання грошових коштів шляхом шахрайства й опробувала можливість його застосування. У подальшому з тих чи інших причин злочинцем було прийнято рішення відмовитися від такого способу отримання грошових коштів. Кошти, отримані в такій ситуації, не конвертуються у готівку, а використовуються для оплати шахраєм послуг зв'язку;

шахрайство у галузі мобільного зв'язку є одним із основних джерел доходу особи, яка його вчиняє, та здійснюється на регулярній основі. За цих умов, обсяги грошових коштів значно більші та необхідні злочинцю у готівковому (у

більшості випадків) або безготівковому вигляді і не використовуються для оплати послуг зв'язку, тобто виникає необхідність регулярної конвертації «віртуальних» коштів у готівку. Ефективне вирішення цього завдання значною мірою ускладнене поза межами підприємницької діяльності. Тому злочинці розробили різноманітні механізми, за допомогою яких у межах підприємницької діяльності тих чи інших суб'єктів господарювання здійснюється відповідна конвертація. Це можуть бути фірми, що спеціалізуються на продажі СРА-послуг (мобільні анекдоти, гороскопи, ігри, мелодії тощо). У такому випадку злочинець використовує отримані незаконним шляхом кошти для замовлення того чи іншого контенту, а оператор, який надає вказаний конвент, повертає злочинцеві кошти у вигляді готівки, отримуючи за надані послуги певний відсоток.

В інших випадках для отримання готівки використовуються вуличні продавці послуг телефонії (дзвінки «5 грн – 5 хвилин», миттєве поповнення рахунку з телефону на телефон тощо): злочинець перераховує отримані кошти на рахунок такого продавця, а після їх перепродажу добросовісним покупцям отримує вказані кошти у вигляді готівки.

Слід зазначити, що існують також способи конвертації, не пов'язані з підприємницькою діяльністю. Однак через свою специфіку вони є менш розповсюдженими. Одним із таких способів є надання послуг зв'язку ув'язненим особам у місцях позбавлення волі. При цьому способі отримані шахрайським шляхом кошти переказуються на рахунок співника злочинців, який перебуває у місці позбавлення волі (питання можливостей отримання у користування мобільного телефону ув'язненою особою виходить за межі даної статті. Для цілей нашого дослідження зазначимо лише, що такі випадки мають місце). Після цього у місці позбавлення волі починає працювати нелегальний «переговорний пункт», за допомогою якого особи, які відбувають покарання, отримують можливість за готівкові кошти здійснювати телефонні дзвінки. Отримані кошти, як правило, використовуються без їх виведення за межі такого місця ув'язнення.

З точки зору часової характеристики шахрайства даної категорії тяжіють до злочинної діяльності, яка набуває характеру промислу. Як вже зазначалося, ефективно налагоджена схема шахрайства, крім безпосереднього отримання коштів, обов'язково передбачає їх наступну конвертацію, відповідно налагодження необхідних механізмів конвертації передбачає певні часові витрати. Аналогічно, певний час займає конвертація у готівку.

У випадку існування налагодженого функціонального механізму переведення «віртуальних» грошей у готівку, способи вчинення шахрайства можуть зазнавати змін, проте сам процес (отримати гроші від абонента – перевести їх на рахунок «акумулятор» – переказати нако-

пичену суму коштів у готівку) у вузлових з'єднаннях залишається незмінним.

Якщо мати на увазі окремі злочинні акти, то вони можуть тривати від кількох днів до кількох тижнів.

Особливості предмета посягання. Як показує аналіз слідчої практики, зазвичай шахрайства даної класифікаційної групи спрямовані на заволодіння грошима юридичних чи фізичних осіб. Але деякі схеми обманів розраховані на заволодіння іншими цінностями, які належать фізичним чи юридичним особам. Зокрема, мобільними телефонними номерами. Це можуть бути так звані золоті номери (з повторюваними цифрами або комбінаціями цифр, що легко запам'ятовуються), або звичайні номери, що мають певну комерційну цінність (наприклад, контактний номер таксі, який відомий багатьом клієнтам і використовувався у рекламі того чи іншого підприємства).

Способи вчинення шахрайства. Шахрайства у сфері мобільного зв'язку оперативного адаптуються до нових умов підприємницької діяльності та використовують сучасні інформаційні технології. Ці злочини часто носять багатоепізодний і міжрегіональний характер, вчиняються організованими групами з розподілом ролей. Мета злочину може досягатися шляхом обману або зловживання довірою жертви. Способи шахрайств даної класифікаційної групи відрізняються досить великою різноманітністю залежно від тривалості вчинення, комбінації та складності використаних прийомів [1].

Для розроблення найбільш ефективних прийомів і методів виявлення, розкриття та розслідування шахрайських посягань, їх попередження найбільш прийнятною, на нашу думку, є така класифікація способів шахрайств у сфері мобільного зв'язку:

- неправомірне використання мобільних терміналів для вчинення протиправних дій або дій, що суперечать інтересам національної безпеки, оборони й охорони правопорядку та/або вчинення дій, що створюють загрозу для безпеки експлуатації, підтримки цілісності, взаємодії та захисту інформаційної безпеки мереж телекомунікацій, електромагнітної сумісності радіоелектронних засобів, ускладнюють чи унеможливають надання послуг споживачам;

- неправомірне використання наданих послуг на комерційній основі – дії, що передбачають використання абонентом на комерційній основі отриманих послуг для надання телекомунікаційних послуг третім особам (міжнародної голосової телефонії тощо) без попереднього узгодження такої можливості з оператором мобільного зв'язку;

- зловживання при користуванні телекомунікаційними послугами (продуктами, сервісами, технологіями тощо), що надаються оператором мобільного зв'язку, а також правами, наданими порушникові як споживачеві телекомунікаційних послуг чинним законодавством України, з метою заподіяння шкоди іншим абонентам, опе-

ратору мобільного зв'язку чи іншим фізичним/юридичним особам.

Следи шахрайства. Характерною ознакою шахрайств у сфері мобільного зв'язку є відсутність документів, пов'язаних безпосередньо із процесом отримання злочинцем коштів від потерпілої особи. Основними джерелами інформації за цих умов є відомості про стан мобільного рахунку жертви та злочинця у той чи інший період часу, покази свідків, а також дані про телефонні переговори (СМС-розсилки) та переказ коштів, що здійснюється з телефонного номера, на телефонний номер шахрая.

Особа шахрая. Як вказують В. Коновалова та В. Шепітько, названу категорію злочинців, які використовують найбільш сучасні механізми та досягнення науково-технічного прогресу, можна назвати «новими» шахраями [2, с. 102–103]. Ці шахраї є інтелектуальною елітою злочинного світу, які використовуючи свої природні дані, накопичені злочинним шляхом кошти і соціальні зв'язки, прагнуть зайняти у суспільстві панівні позиції, у тому числі проникаючи до владних структур. Цим вони прагнуть убезпечити себе від кримінального переслідування як за минулі злочини, так і при вчиненні нових, шляхом ефективної протидії правоохоронним органам [2, с. 102].

Особа потерпілого. Через відсутність до недавнього часу у переважної більшості юридичних і фізичних осіб навичок поведінки в умовах значного розповсюдження технологій мобільного зв'язку суттєво зросла їх уразливість від шахрайських посягань у цій сфері, зменшився рівень захисту власності. За даним нашого узагальнення, найбільш численною групою потерпілих від шахрайств у галузі мобільного зв'язку є фізичні особи – споживачі мобільних послуг, які в більшості своїй мають досить високі доходи та необізнані в можливих способах обману. Разом із тим доволі розповсюдженими є випадки, коли суми кожного окремого епізоду ша-

райства є незначними (25–30 грн), але досить великою є кількість осіб, грошові кошти яких стали об'єктом злочинного посягання.

Специфічністю шахрайств у галузі мобільного зв'язку є те, що потерпілими стають не лише окремі фізичні особи, а й підприємства (юридичні особи). Такі ситуації стають можливими, оскільки нині для багатьох суб'єктів господарювання є поширеною практика оплати послуг мобільного зв'язку для власних працівників (договір про надання послуг укладається між оператором мобільного зв'язку та суб'єктом господарювання, оплату отриманих рахунків також здійснює суб'єкт господарювання, а послугами зв'язку користуються фізичні особи – працівники підприємства).

Висновки

Шахрайства у сфері мобільного зв'язку – специфічний вид злочинів проти власності, який є продуктом взаємодії існуючих у суспільстві певних економічних, соціальних і психологічних факторів. Це зумовлює різноманітність, динамізм і високу латентність злочинів, сприяє перетворенню даного виду шахрайств на один із небезпечних видів організованої злочинної діяльності.

Оскільки правоохоронні органи мають справу з різноманітними проявами шахрайств у галузі мобільного зв'язку, існує необхідність встановлення та детального аналізу механізмів окремих класифікаційних груп цього злочину з формулюванням основних положень щодо їх розслідування.

Література

1. Пазинич Т. А. Криміналістична характеристика шахрайств та основні положення їх розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 215 с.
2. Коновалова В. Е., Шепітько В. Ю. Основы юридической психологии. – Х., 2005. – 352 с.

The work provided criminalistics characteristic fraud in mobile communications. The place, atmosphere and time of committing this type of crime, especially the subject of infringement; ways of committing fraud and should be frauds, fraudster person, the person affected. Defined perspective directions of further work on the investigation of fraud in the mobile industry.

В статтє приведена криміналістическая характеристика мошенничеств в сфере мобильной связи, исследованы место, обстановка и время совершения данного вида преступлений, особенности предмета посягательства, способы совершения мошенничества, определены перспективные направления дальнейших исследований по вопросам раскрытия и расследования мошенничеств в области мобильной связи.



УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА З ПИТАНЬ РЕЖИМНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Вікторія Белєвцева,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник

Наукової лабораторії проблем протидії злочинам у сфері державної безпеки

У статті досліджується питання адміністративного режимного провадження, сформульовані висновки та пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавчого забезпечення адміністративно-правових режимів.

Ключові слова: адміністративне законодавство, адміністративне провадження, режимна діяльність.

Формування громадянського суспільства, розбудова України як правової, демократичної, соціальної держави пов'язані з проведенням масштабної правової реформи, всебічним зміцненням законності, захистом конституційних прав і свобод, законних інтересів людини та громадянина. Забезпечення національної безпеки – один із найважливіших факторів розвитку демократичних засад життєдіяльності українського суспільства, утвердження принципу соціальної справедливості, реальних гарантій прав і свобод громадян.

Серед гарантій забезпечення національної безпеки важливе значення мають адміністративно-правові норми. Їх наявність зумовлює значне поширення системи адміністративно-правових режимів, у рамках якої компетентними державними органами здійснюється комплекс різних процесуальних дій. Цей вид адміністративно-процесуальної діяльності за своїм цільовим призначенням багато в чому є організаційно-процедурним, оскільки слугує інтересам саме організації повсякденної роботи виконавчого апарату щодо забезпечення адміністративно-правових режимів [1, с. 399].

У чинному адміністративному законодавстві саме процедурна частина (за винятком регулювання юрисдикційного процесу) є найменш розвинутою [2]. Такий стан справ, у цілому, є характерним і для процедурного провадження у сфері режимної діяльності.

Як будь-яке об'єктивне правове явище, процедури мають свій нормативний і фактичний прояв. З одного боку, вони є сукупністю загальноприйнятих специфічних дій, що визначають послідовність здійснення різних актів, дій і взаємодій між учасниками державно-управлінських відносин або оформлення

індивідуально-конкретних справ і спрямовані на досягнення певного завершального результату, з іншого – процедури повинні бути орієнтиром для певної діяльності [3, с. 62].

Дослідженню питання адміністративного провадження в юридичній літературі присвячені роботи вітчизняних і зарубіжних науковців, зокрема В. Аверьянова, І. Бенедика, В. Гаращука, С. Лихочова, В. Настюка, В. Перепелюка, Н. Саліщевої, В. Сорокіна, О. Якуби та ін. Однак проблема, що розглядається, не знайшла свого остаточного вирішення. Це є наслідком як складності й об'ємності питання, так і того, що в науковій літературі дотепер недостатньо висвітлені питання, що стосуються самої системи адміністративно-правових режимів.

Отже, *адміністративне провадження – це нормативно врегульований порядок здійснення процесуальних дій, що забезпечують законний та об'єктивний розгляд і вирішення індивідуальних адміністративних справ, об'єднаних спільністю предмета провадження* [4, с. 32]. Поняттям адміністративного режимного провадження охоплюються, наприклад, порядок розгляду скарг громадян, порядок ліцензування, порядок застосування адміністративного примусу тощо. Видове розмаїття адміністративних режимних проваджень може бути зведене до двох узагальнених груп: *юрисдикційне режимне провадження; процедурне режимне провадження*.

Обидві групи адміністративних проваджень мають деякі загальні ознаки: переважно позасудовий порядок вирішення індивідуальних справ; юридично-владна основа; врегульованість (різною мірою) адміністративно-процесуальними нормами; адміністративно-процесуальні відносини та принципи тощо.

На нашу думку, щоб встановити особливості адміністративного режимного провадження, слід детально зупинитися на питанні, яке пов'язане з загальним поняттям та сутністю провадження в юридичному його значенні.

Аналіз сучасного стану теоретичного та нормативного вирішення питання про структуру правозастосування у сфері адміністративної юрисдикції, свідчить, що у традиційних процесуальних галузях права (наприклад, цивільному та кримінальному) процес також складається з певної сукупності проваджень. Однак в основу їх розподілу покладено критерій, який пов'язаний не із змістом справи, а з рівнем і особливостями його процесуального вирішення. У сфері адміністративної юрисдикції виділяється кілька подібних проваджень: в органі адміністративної юрисдикції першої інстанції; прискорене провадження (без складання протоколу про адміністративне правопорушення); спеціальне провадження щодо накладення адміністративних стягнень і у справах про діяння, які містять ознаки злочинів, що не мають великої суспільної небезпеки; в органі адміністративної юрисдикції другої інстанції.

Державно-управлінська діяльність, у межах якої відбувається реалізація виконавчої влади, свій безпосередній вираз (переважно) знаходить в акціях позитивного характеру, тобто не пов'язаних з виконанням винятково юрисдикційних функцій. Як правило, заходи, що здійснюються у цьому напрямі, визначаються поняттям «діловодство» (наприклад, діловодство в державних адміністраціях різного рівня) або «порядок» (наприклад, порядок організації та проведення мітингів тощо). У цьому ж контексті необхідно розглядати і відповідну діяльність державних органів, які здійснюють режимну діяльність, та їх посадових осіб, або правила підготовки та проведення режимних дій. Взяті у сукупності, такі різноманітні управлінські дії можуть бути узагальнені поняттям «адміністративно-процедурний процес» або «адміністративно-режимне провадження».

Відмінність адміністративно-режимного провадження від адміністративно-юрисдикційного полягає (переважно) у тому, що за своєю природою та призначенням процедурне провадження на завершальній стадії не тягне застосування примусових заходів. Його результат – задоволення законних інтересів (іншими словами, створення «правового формату», необхідного для задоволення законних прав, реалізації можливостей) фізичних або юридичних осіб. Іншою складовою процедурного провадження є забезпечення ефективного функціонування управлінського апарату. У рамках процедурного про-

вадження можливе здійснення правоохоронних (правозахисних) дій, але їх характер слід розглядати з урахуванням відповідної специфіки: сам факт видачі дозволу, наприклад при проведенні реєстрації, свідчить, що дозволена діяльність відповідає вимогам відповідного режиму законності. А це означає, що правоохоронну діяльність не можна віднести винятково до сфери компетенції адміністративної юрисдикції.

Сукупність різноманітних видів проваджень складає адміністративний процес. Слід зазначити, що в адміністративно-правовій літературі проблема розуміння структури адміністративного процесу, тобто виділення конкретних проваджень, завжди була дискусійною. При цьому суперечки ведуться не тільки щодо назви того або іншого провадження, а й щодо їх загальної кількості, соціального призначення.

На нашу думку, слід погодитися з думкою В. Гарашука, який вважає, що адміністративні провадження та їх різновиди навряд чи можна перелічити взагалі [5, с. 331]. Дійсно, кількість конкретних адміністративних проваджень надзвичайно велика, що зумовлено характером державного управління, яке охоплює всі сторони громадського життя, та різноманітністю управлінських відносин. Унаслідок цього повний перелік проваджень визначити практично неможливо. Більше того, практика державно-управлінської діяльності зумовлює появу нових їх видів. Тільки за останні роки з'явилися, наприклад, провадження з оформлення спеціальних економічних зон, ліцензування певних видів режимної діяльності тощо. Кожне з них має специфічні ознаки. Ці ознаки зумовлені характером справи, що вирішується, правовим статусом суб'єктів, які беруть участь у процесі, особливостями правовідносин, які регулюються, тощо.

До специфічних ознак адміністративних проваджень (у тому числі режимних) можна віднести й те, що всі вони мають різну нормативну базу. У той самий час, крім особливостей, що мають місце в кожному з видів адміністративних проваджень, їм властиві загальні ознаки: наявність певного ступеня врегульованості адміністративно-процесуальними нормами; обов'язкова сторона у провадженні – орган державної виконавчої влади або певна посадова особа, наділена державно-владними повноваженнями в адміністративних правовідносинах; стадії; певна соціальна спрямованість – вирішення конкретних справ у сфері державного управління або технічних питань, пов'язаних із ними (для діловодства, інших форм організаційної діяльності); загальні правила оскарження або опротестування.

На нашу думку, адміністративно-режимні провадження є різноманітними як за своїми напрямками, так і за методами їх здійснення, а також нормативною базою. Неоднорідними вони є і з тих підстав, що здійснюються різними органами, які наділені певними повноваженнями.

До складових елементів адміністративно-режимних проваджень ми відносимо: суб'єктів системи адміністративно-правових режимів; об'єкти системи адміністративно-правових режимів; предмети правовідносин, що виникають у сфері режимної діяльності; нормативно-правову базу системи адміністративно-правових режимів; юридичні факти (або підстави порушення адміністративно-правового провадження); безпосередні режимні правовідносини.

З переліченими елементами тісно пов'язані стадії режимного провадження, під якими ми розуміємо ряд організаційно пов'язаних між собою послідовних дій щодо встановлення відповідного факту (характерних ознак того чи іншого режимного правовідношення).

Аналіз чинного законодавства, що стосується повноважень органів, які здійснюють дозвільну систему, дозволяє виділити такі основні стадії режимного провадження: порушення режимного провадження; безпосереднє вивчення повноважними посадовими особами органу, який здійснює систему адміністративно-правових режимів, поданих документів або обстеження приміщень, речей на предмет відповідності їх вимогам режимної діяльності; прийняття та виконання рішень; контроль і нагляд за дотриманням особами встановлених вимог та умов; оформлення і продовження дозволів, ліцензій тощо; застосування примусових заходів за допущені порушення правил і вимог.

Слід зазначити, що останні дві (із зазначених) стадії не завжди є обов'язковими (тобто можуть і не наступити), у зв'язку з чим вони, на нашу думку, є факультативними або додатковими.

Режимне провадження є частиною правозастосовчого адміністративно-розпорядчого процесу; *режимна діяльність* – це різновид організуючої, творчої діяльності «активної» адміністрації. В ході організаційної діяльності не існує настільки твердої послідовності стадій, як у юрисдикційних процесах; стадії організаційної роботи можуть здійснюватися паралельно, навіть мінятися місцями. Так, раніше може настати відповідальність, ніж переоформлення ліцензії або продовження дозволу (наприклад, на зберігання гладкоствольної мисливської зброї, засобів зв'язку тощо) [6, с. 381].

Динамічний розвиток політичних і соціально-економічних відносин зумовив і зміни

законодавства про адміністративно-правові режими. Реформуються відповідні державні органи сфери системи адміністративно-правових режимів, з'являються нові структури (Державний комітет України з питань регуляторної політики і підприємництва), посилюється роль у здійсненні режимної діяльності інших державних структур (наприклад, Державної митної служби України). За таких обставин змінюються і режимні провадження. На нашу думку, на сьогодні вони мають тенденцію до невиправданого ускладнення. Так, спостерігається надмірна та нічим не виправдана регламентація процедур, пов'язаних з режимною діяльністю, нечітка визначеність повноважень суб'єктів, які здійснюють режимні функції. Це зумовлює зайву тяганину, бюрократію, поширення корупції, зловживань посадовцями своїми повноваженнями, інші негативні наслідки. Ми вважаємо, що вирішення означених проблем можливе шляхом проведення стандартизації й універсализації режимних процедур.

Слід зазначити, що на сьогодні відсутній єдиний комплексний нормативний акт, який би містив регламентацію здійснення уповноваженими органами режимних процедур. Як правило, ці питання висвітлюються відомчими нормативними актами. На жаль, обійшли стороною проблему, що розглядається, й автори проекту Адміністративно-процедурного кодексу, в якому знайшли відображення лише питання, пов'язані з провадженням за зверненнями громадян, а також прийняттям нормативних актів органами державного управління. На нашу думку, Адміністративно-процедурний кодекс України має також регулювати питання, що стосуються здійснення режимного провадження. Можна було б передбачити в окремому розділі¹, в якому доцільно закріпити принципи режимного провадження (верховенства права, законності, рівності перед законом, гласності, повноти, об'єктивності та безпосередності, оперативності, етичності відносин тощо), загальні вимоги щодо встановлення термінів режимного провадження, види справ, що розглядаються в порядку режимного провадження, фіксування й оформлення режимних процедур тощо. Оптимальним варіантом було би закріплення визначальних основ режимного провадження в Законі України «Про систему адміністративно-правових режимів».

Таким чином, на сьогодні залишається багато невирішених проблем, що стосуються як теоретичного, так і практичного характеру режимного провадження (ряд із них, на нашу

¹Означену проблему можна вирішити і шляхом внесення доповнень у чинний Кодекс про адміністративні правопорушення України (в його процесуальну частину).

думку, є принциповим). Разом із тим режимне провадження є органічною частиною адміністративного процесу, оптимізація якого неможлива без удосконалення та відповідного законодавчого закріплення його процесуальної частини.

Викладене дозволяє сформулювати **висновки** та пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавчого забезпечення адміністративно-правових режимів. На нашу думку, це має відбуватися у таких напрямках:

чітке визначення предметів та об'єктів системи режимної діяльності, її принципи;

законодавче відмежування системи режимної діяльності від інших близьких за формами та цілями видів діяльності (наприклад, дозвоільної системи, реєстрації рухомого та нерухомого майна тощо);

перегляд системи органів режимної діяльності, які її здійснюють, законодавче закріплення їх вичерпного переліку та правового статусу, усунення паралелізму та дублювання в процесі виконання своїх повноважень;

подальша деталізація в нормативних актах принципу законності, відповідно до якого система режимної діяльності може здійснюватися лише: компетентними органами (посадовими особами); у межах їх режимних повноважень; з дотриманням процедур режимного провадження (термінів, форм, методів тощо), видачі певних дозволів, заборон, приписів;

удосконалення законодавчого закріплення режимного провадження;

удосконалення механізму юридичних гарантій захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах дії (запровадження) адміністративно-правових режимів.

Запропоновані напрями законодавчого забезпечення адміністративно-правових режимів можуть розглядатися як елементи уніфікованих стандартів, що є єдиними для всієї системи органів режимної діяльності. Їх доцільно було би закріпити у проекті Закону України «Про системи адміністративно-правових режимів» (умовна назва). Вважаємо, що за своєю структурою цей закон може складатися з підрозділів, які визначають загальні положення, організаційно-правові засади режимної діяльності, повноваження компетентних органів, юридичні гарантії законності, засади міжнародної співпраці тощо.

У зазначеному законопроекті також має знайти своє відображення питання, що сто-

сується адміністративного провадження у справах, пов'язаних з режимною діяльністю (адміністративне режимне провадження). Воно є досить різноманітним як за змістом, так і за методами здійснення, нормативною базою, кількістю органів, які його здійснюють.

Беручи до уваги специфіку режимних правовідносин, зазначимо, що кількість видів відповідних проваджень надзвичайно велика. Унаслідок цього певний перелік проваджень визначити практично неможливо. Кожне з них має специфічні ознаки та структуру, які, насамперед, зумовлюються правовим статусом уповноваженого суб'єкта державної влади у сфері режимних правовідносин. Виходячи з цього, до основних чинників адміністративних режимних проваджень можна віднести: суб'єкти, об'єкти адміністративно-правових режимів; предметні режимні правовідносини, режимне законодавство, підстави (юридичні факти) порушення адміністративного режимного провадження, його стадії, забезпечення законності тощо.

У зв'язку з відсутністю єдиного комплексного законодавчого акта, який би регламентував режимні провадження, вважаємо, що таким актом міг би бути Адміністративно-процедурний кодекс України. В ньому доцільно закріпити принципи режимного провадження, загальні вимоги до встановлення термінів режимного провадження, види справ, що розглядаються в порядку режимного провадження, фіксування й оформлення режимних процедур, засади юридичної відповідальності фізичних та юридичних осіб за порушення режимного законодавства та інші положення відповідно до вимог міжнародних норм і стандартів.

Література

1. *Административное право* / Под ред. Л. Л. Попова. – М., 2002.
2. *Шемшученко Ю., Авер'янов В.* Людина і реформування адміністративного права // Урядовий кур'єр. – 2000. – 23 березня.
3. *Перепелюк В. Г.* Адміністративний процес. – Чернівці, 2001.
4. *Лихачов С. В.* Дозвільне провадження в адміністративному процесі: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001.
5. *Гарашук В. М.* Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2003.
6. *Бахрах Д. Н.* Административное право России. – М., 2000.

The article is devoted research of question of administrative regime execution. On the basis of material, given in the article, conclusions and suggestions, directed on the improvement of the legislative providing of the administrative legal regimes, are formulated.

В статье исследуется вопрос административного режимного производства, сформулированы выводы и предложения, направленные на совершенствование законодательного обеспечения административно-правовых режимов.



ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ДОЗВІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ

Олена Джафарова,

канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри адміністративної діяльності ОВС
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті обґрунтовується, що предмет дозвільної діяльності у сфері забезпечення економічної безпеки є розгалуженим, існує значна кількість видів діяльності, що становлять істотну загрозу для суспільної безпеки та підпадають під дію дозвільного режиму.

Ключові слова: національна безпека, економічна безпека, дозвільна діяльність.

Вважаючи об'єктом стратегії соціально-економічну систему в цілому, а суб'єктом – державу як виразника інтересів суспільства, фундаментальним критерієм ефективності державної стратегії можна визнати національну безпеку, що розглядається як стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави від внутрішніх та зовнішніх загроз, тобто як зменшення небезпеки руйнування суспільної системи під впливом екзогенних та ендогенних чинників. Оскільки матеріальною основою функціонування суспільства є продуктивні сили, національна безпека будь-якої держави у стратегічному плані спирається передусім на її економічний потенціал і набуває вигляду економічної безпеки.

Економічна безпека держави – не лише одна з найважливіших складових цілісної системи національної безпеки як комплексу захисту національних інтересів, а й базова, вирішальна умова дотримання та реалізації національних інтересів.

Метою цієї статті є визначення економічної безпеки як предмета дозвільної діяльності.

З метою дослідження економічної безпеки як предмета дозвільної діяльності постає необхідність перш за все з'ясувати зміст поняття «економічна безпека». У контексті даної проблеми існує значна кількість досліджень вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема С. Пирожкова, В. Мунтіяна, Б. Губського, В. Горбуліна, О. Власюка, Ю. Пахомова, О. Белова, В. Гейця, А. Мокія, Я. Жаліла, А. Сухорукова, О. Барановського та ін. [1–5]. Незважаючи на велику кількість науковців, які займаються зазначеною проблематикою, досі не існує загальновизнаного підходу до трактування поняття, структури та основних компонентів економічної безпеки. Акту-

альність і поліструктурність цієї проблеми вказує не просто на доцільність інтенсифікації досліджень у даній сфері, а на необхідність визначення вагомості та місця економічної безпеки як складової національної безпеки України.

Поняття «економічна безпека» вперше було вжито в 1994 р. Г. Пастернак-Таранушенком [6, с. 23]. Вітчизняний дослідник О. Белов визначає економічну безпеку як стан національної економіки, який дозволяє зберігати стійкість до внутрішніх і зовнішніх загроз та здатний задовольнити потреби особи, суспільства, держави [4]. М. Пендюра вважає, що економічна безпека держави є не лише однією з найважливіших складових цілісної системи національної безпеки як комплексу захисту національних інтересів, а й вирішальною умовою дотримання та реалізації національних інтересів [7, с. 13].

У свою чергу, І. Бінько та В. Шлемко доводять, що економічна безпека – це такий стан національної економіки, який дозволяє зберігати стійкість до внутрішніх і зовнішніх загроз та здатний задовольнити потреби особи, сім'ї, суспільства, держави [8, с. 8].

Г. Пастернак-Таранушенко дещо розширює дефініцію економічної безпеки, зазначаючи, що економічна безпека – це стан держави, що забезпечує можливість створення та розвитку умов для плідного життя її населення, перспективного розвитку її економіки в майбутньому, зростання добробуту її мешканців [9, с. 29].

І. Мішина доводить, що економічна безпека – це основа життєдіяльності суспільства, його соціально-політичної та національно-етнічної стійкості [10, с. 3]. Вона визначає економічну безпеку як економічні відносини, горизонтальні та вертикальні, між державою, регіонами, підприємствами й окремими індивідами з приводу досягнення такого рівня розвитку економіки, за якого

здійснюється ефективне задоволення потреб і гарантований захист інтересів усіх суб'єктів економіки, навіть за несприятливих умов розвитку внутрішніх і зовнішніх процесів [11, с. 89–96].

О. Власюк для визначення економічної безпеки використав науковий підхід, зазначивши, що економічна безпека має розглядатися як складна поліструктурна наука, яка, за аналогією з безпекою екологічних, біологічних, технічних систем тощо, є наукою про безпеку (точніше – «життєздатність») соціально-економічних систем різних рівнів ієрархії (особа, домашнє господарство, галузь, регіон, сектор економіки, національна економіка, світове господарство) [3, с. 45].

Слід зазначити, що на пострадянському просторі, у тому числі в Україні, 90-ті роки ХХ ст. ознаменувалися вибухом інтересу з боку науковців, політичних і суспільних діячів до проблеми економічної безпеки. У практичному плані досягнуті певні успіхи: поняття економічної безпеки увійшло до нормативної лексики законодавчих документів і зайняло чітку позицію в політичних дискусіях з економічних питань. Зокрема, в Конституції України зазначено, що нарівні із захистом суверенітету та територіальної цілісності України, забезпечення її економічної й інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу (ст. 17). Однак система економічної безпеки у нашій державі лише починає формуватися. Вперше її окреслено у Програмі діяльності Кабінету Міністрів України, схваленій Верховною Радою України у жовтні 1996 р. і розглянуто лише у розділі «Боротьба із злочинністю». Ґрунтовніше питання економічної безпеки були висвітлені у Концепції (основи державної політики) національної безпеки України, схваленій Верховною Радою України від 16.01.1997 р. У ній визначено, що самозбереження та прогресивний розвиток України як суверенної держави залежать від здійснення цілеспрямованої політики щодо захисту її національних інтересів, визначено сутність поняття «національна безпека», основні об'єкти національної безпеки та принципи її забезпечення; окреслені сутність і пріоритетні національні інтереси України, основні напрями державної політики національної безпеки України, визначені основні загрози національній безпеці України, у тому числі в економічній сфері.

Закон України «Про Раду національної безпеки і оборони України» від 05.03.1998 р. № 183/98-ВР визначив функції та повноваження головного, згідно з Конституцією України (ст. 107), координуючого органу в країні з питань національної безпеки, а Закон України «Про основи національної безпеки

України» від 19.06.2003 р. № 964-IV закріпив основні засади державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства та держави від зовнішніх і внутрішніх загроз у всіх сферах життєдіяльності. Визначені терміни «національна безпека», «національні інтереси», «загрози національній безпеці»; правова основа національної безпеки, об'єкти національної безпеки, суб'єкти, їх функції та принципи забезпечення національної безпеки, основні напрями державної політики з питань національної безпеки, зокрема в економічній сфері; окреслені пріоритетні національні інтереси та загрози національним інтересам і національній безпеці України.

Крім того, Міністерство економіки України своїм наказом «Про затвердження Методики розрахунку рівня економічної безпеки України» від 02.03.2007 р. № 60 визначило економічну безпеку як стан національної економіки, який дає змогу зберігати стійкість до внутрішніх і зовнішніх загроз та здатний задовольняти потреби особи, сім'ї, суспільства та держави.

Як вважають деякі вчені, економічна безпека повинна відповідати, принаймні, двом умовам: по-перше, це збереження економічної самостійності країни, її здатності у власних інтересах приймати рішення, що стосуються розвитку економіки в цілому; по-друге, це збереження вже досягнутого рівня життя населення та можливості його подальшого підвищення [12, с. 34]. Аналогічні вимоги до економічної безпеки висловлював Х. Маховські. Економічна безпека, на його думку, повинна забезпечувати досить високий рівень незалежності від стратегічних партнерів, тобто тих, які потенційно можуть впливати на політичні рішення, що будуть неприйнятні з комерційної точки зору [13, с. 42].

Як свідчать наведені визначення, поняття «економічна безпека» характеризується складною внутрішньою структурою. Загальним недоліком усіх зазначених підходів є відсутність комплексного підходу до сукупності взаємопов'язаних елементів економічної безпеки. Економічна безпека – це не лише стан захищеності національних інтересів, а й готовність і здатність інститутів влади створювати механізми реалізації та захисту національних інтересів, розвитку вітчизняної економіки, підтримки соціально-політичної стабільності суспільства.

В умовах кризових процесів механізми стабілізації та забезпечення економічної безпеки багатозначні та неординарні. Тому найбільш узагальнена та логічна характеристика економічної безпеки повинна включати три найважливіші елементи:

- економічну незалежність, яка в сучасних умовах означає можливість контролю держави за національними ресурсами; досягнення такого рівня виробництва ефективності й якості продукції, який забезпечував би її конкурентоспроможність і дозволяв брати рівноправну участь у світовій торгівлі;

- стабільність і стійкість національної економіки передбачає захист власності в усіх її формах, створення надійних умов і гарантій для підприємницької активності, заборону чинників, здатних дестабілізувати ситуацію;

- економічний прогрес, що передбачає створення сприятливого клімату для інвестицій та інновацій, постійну модернізацію виробництва, державну підтримку стратегічних галузей, пошук нових напрямів, що є необхідними умовами стійкості та самозбереження національної економіки.

Таким чином, зміст поняття «економічна безпека» можна розкрити через сукупність умов і чинників, що забезпечують незалежність національної економіки, її стабільність і стійкість, здатність до постійного прогресу.

Як інструмент економічної політики економічна безпека пропонує систему критеріїв і показників оцінки стану економічної системи (граничнодопустимих значень економічних показників, за межами яких економіка втрачає здатність до динамічного прогресивного саморозвитку). З іншого боку, економічна безпека є метою економічної політики, оскільки саме економічний добробут створює передумови для гармонійного розвитку економічної системи, який визначає умови економічного зростання. Таким чином, можна стверджувати, що економічна безпека як інструмент реалізації національних економічних інтересів впливає на весь комплекс економічних відносин: виробництво, розподіл, обмін і споживання матеріальних благ. Як базис національної економічної системи економічна безпека є найважливішою умовою, що визначає характер розвитку всього комплексу економічних відносин. Взаємозв'язок процесів, складових економічних відносин передбачає комплексний підхід до їх регулювання, зумовлює взаємозв'язок напрямів економічної політики.

На підставі викладених положень та з урахуванням того, що економічна безпека може забезпечуватися широким колом засобів і заходів, застосування яких врегульовано нормами різних галузей законодавства, виникає необхідність дослідження тих засобів і режимів, за допомогою яких буде забезпечено досягнення основної мети – національної безпеки.

На нашу думку, потребує дослідження дозвільний режим у сфері забезпечення економічної безпеки з метою захисту суспільних

інтересів, економічної самостійності держави та захисту прав людини та громадянина. Оскільки застосування дозвільного режиму є ефективним державним заходом забезпечення національної безпеки й однією з гарантій формування сфери господарювання відповідно до світових стандартів, якими пріоритет надається дотриманню прав і свобод людини та громадянина.

Предметом дозвільної діяльності є види діяльності, які становлять істотну загрозу для суспільної безпеки (у сфері захисту життя, здоров'я, конституційних прав і свобод громадян чи навколишнього середовища, безпеки держави чи моральних засад суспільства). У цьому випадку дозвільний режим використовується для засвідчення наявності у суб'єкта дозвільних правовідносин спеціальних ресурсів, процесів, навичок, необхідних для безпечного виконання виду діяльності або свідомого обмеження морально сумнівного суспільно небезпечного виду діяльності з метою спрощення контролю за його здійсненням.

Дозвільний режим застосовується також для видів діяльності, які пов'язані з доступом до обмежених ресурсів (природних ресурсів, штучних ресурсів). У цьому випадку дозвільна діяльність здійснюється для того, щоб або обмежити кількість учасників чи зберегти темпи відтворення ресурсів, або стягувати на користь держави ренту від використання кінцевого ресурсу.

Предмет дозвільної діяльності у сфері забезпечення економічної безпеки є розгалуженим, існує значна кількість видів діяльності, які підпадають під дію дозвільного режиму.

Дозвільна діяльність у сфері забезпечення економічної безпеки регулюється великою кількістю нормативно-правових актів, що, у свою чергу, ускладнює процедуру отримання дозвільних документів та призводить до певних правових колізій тощо. Аналіз нормативно-правових актів, що регулюють дозвільну діяльність у сфері забезпечення економічної безпеки, дозволив виявити певні прогалини. Так, Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» визначає загальні засади здійснення дозвільної діяльності у сфері забезпечення економічної безпеки та перелік органів, які є дозвільними, а особливості визначені профільними законами. Разом із тим на підставі ч. 2 ст. 2 дія зазначеного Закону, не поширюється на: державний експортний контроль; державне регулювання ринків фінансових послуг; захист економічної конкуренції тощо.

Аналіз предмета дозвільної діяльності у сфері економічної безпеки дозволив зробити такі **висновки**:

- велика кількість видів діяльності у сфері економічної безпеки, які підпадають під дію дозвільного режиму;

- велика кількість органів публічної адміністрації, що здійснюють видачу документів дозвільного характеру у сфері економічної безпеки;

- складна юридична структура дозвільної діяльності у сфері забезпечення екологічної безпеки.

Передбачалося, що всі види надання дозвільних послуг будуть визначені в законах України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» та «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» і контролюватися з єдиного центру, але згодом багато видів діяльності отримали свої власні закони. Зокрема, окремими законами регулюються банківська діяльність, ринок цінних паперів, фінансові послуги, зовнішньоекономічна діяльність. В цілому близько 40 галузевих законів містять норми про надання дозвільних послуг.

Література

1. Мунтіян В. І. Економічна безпека України. – К., 1999. – 462 с.

2. Губський Б. В. Економічна безпека України: методологія виміру, стан і стратегія забезпечення. – К., 2001. – 121 с.

3. Власюк О. С. Теорія і практика економічної безпеки в системі науки про економіку. – К., 2008. – 48 с.

4. Белов О. Ф. Економічна безпека України: пріоритети та механізми забезпечення. – Режим доступу: www.niss.gov.ua/book/belov/6.html.

5. Жаліло Я. А. До формування категоріального апарату науки про економічну безпеку // Стратегічна панорама. – 2004. – № 3. – С. 12–16.

6. Пастернак-Таранушенко Г. Економічна безпека держави / За ред. Б. Кравченка. – К., 1994. – 140 с.

7. Пендюра М. М. Національна безпека України в контексті сучасних європейських геополітичних трансформацій: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 212 с.

8. Шлемко В. Т., Бінько І. Ф. Економічна безпека України: сутність і напрямки забезпечення. – К., 1997. – 144 с.

9. Пастернак-Таранушенко Г. А. Економічна безпека держави: Статика процесу забезпечення / За ред. Б. Кравченка. – К., 2002. – 302 с.

10. Мішина І. Г. Економічна безпека в умовах ринкових трансформацій: дис. ... канд. екон. наук. – Д., 2007. – 235 с.

11. Мішина І. Г. Проблема формування теоретичних основ економічної безпеки суспільства // Торгівля і ринок України. – Д., 2004. – Вип. 16, т. 1. – 352 с.

12. Machowski H. Ost-West Handel: Entwicklung, Interessenlagen, Aussichten // Aus Politik u. Zeitgeschichte. – Bonn. – 1985. – № 5. – P. 39–44.

13. Murdoch C. Economic factors as objects of security: Economics security & vulnerability / K. Knorr, F. Trager. – Economics interests & national security. – Lawrence. 2001. – 867 p.

In the article by an author reasonably, that the article of permissive activity in the field of providing of economic security is ramified, there is a far of types of activity, which present a substantial threat for public safety, and which fall under the action of the permissive mode.

В статтє обосновывается, что предмет разрешительной деятельности в сфере обеспечения экономической безопасности является разветвленным, существует значительное количество видов деятельности, которые представляют существенную угрозу для общественной безопасности и подпадают под действие разрешительного режима.



ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК СКЛАДОВА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ

Руслан Ігонін,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри теорії та історії держави і права
Національного університету державної податкової служби України



У статті досліджується адміністративно-правова природа феномена виконання судових рішень.

Ключові слова: виконання, судові рішення, адміністративне право.

Актуальність дослідження правової природи виконання судових рішень зумовлюється потребою визначення правових зв'язків цього правового інституту щодо галузей права та детермінування правового статусу і місця органів примусового виконання судових рішень у системі органів державної влади.

Дослідження адміністративно-правової природи виконання судових рішень перебувало в полі зору таких науковців, як С. Щербак, А. Перепелиця, А. Авторгов, Ф. Бортняк, К. Шкарупа.

Метою цієї статті є аналіз ознак виконавчого провадження на предмет їх відповідності визначальним рисам адміністративно-правової матерії.

Серед учених превалюють три основні підходи щодо питання тлумачення природи виконавчого провадження: виконавче провадження є стадією відповідного судового (цивільного) процесу, виконавче провадження є адміністративно-правовим інститутом, виконавче провадження має змішану правову природу й є окремою, самостійною галуззю права.

Ідея про належність виконавчого провадження до стадії цивільного процесу знайшла широку підтримку у радянській правничій літературі. На певний час вона стала домінуючою й активно підтримувалася плеядою радянських учених-правознавців. Серед них Ю. Грінько, М. Авдюков, П. Заворотько, Сергун та ін. [1–4]. У науково-юридичній літературі окресленого періоду дуже складно відшукати, критику зазначеної позиції.

Одностайність сприйняття примусового виконання судових рішень як стадії цивільного процесу за радянських часів зумовлена включенням до цивільно-процесуального законодавства значної кількості норм, що регулювали процес його здійснення. Вже у першому Цивільному процесуальному кодексі УРСР від 1924 р. значне місце відводилося питанню регламентації виконавчого прова-

дження. У Цивільному процесуальному кодексі УРСР, прийнятому у 1929 р. майже четверта частина його обсягу присвячувалася регулюванню виконавчого провадження. У Цивільному процесуальному кодексі УРСР від 1963 р. п'ятий розділ присвячувався детальному регулюванню виконавчого провадження.

Ми погоджуємося, що регулювання основних засад здійснення виконавчого провадження цивільно-процесуальними нормами давало достатні підстави для обґрунтування його місця у цивільно-процесуальній галузі права, однак навіть на той час прискіпливий дослідник міг якщо не спростувати, то принаймні піддати сумніву однозначність такого твердження.

Справа в тому, що крім цивільно-процесуальних норм, діяльність судового виконавця регламентувалася спеціальними інструкціями, які по суті були підзаконними адміністративно-правовими актами.

В історії радянського державотворення існують приклади коли судові виконавці безпосередньо входили до структури органу виконавчої влади. Так, прийнятим положенням «Про Наркомат юстиції УРСР» від 27.12.1939 р., передбачалося створення в складі цього органу структурного підрозділу судових виконавців.

Інструкція «Про порядок виконання судових рішень», затверджена міністром юстиції СРСР у 1973 р., хоч і визначала, що судові виконавці перебували при районних (міських) народних судах, однак встановлювала особливу адміністративно-правову процедуру призначення та звільнення з посади, згідно з якою судові виконавці призначались і звільнялись з посади начальниками відповідних органів юстиції.

Більше того, навіть у той час, коли судові виконавці призначались та звільнялись з посади головами відповідних судів, а самі безпосередньо входили до системи органів судової влади, вони здійснювали управлінську (виконавчо-розпорядчу) діяльність у сфері виконання судових рішень, а, як відомо, уп-

равлінська (виконавчо-розпорядча) діяльність є предметом вивчення науки адміністративного права.

З прийняттям Верховною Радою України законів України «Про Державну виконавчу службу» від 24.03.1998 р. та «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. місце виконавчого провадження в системі галузей права докорінно змінилося.

Першою комплексною науковою роботою в Україні, в якій обґрунтовувалася ідея про належність виконавчого провадження до інституту адміністративного права, стала дисертаційна робота С. Щербак. Аргументи, наведені С. Щербак, на користь віднесення інституту виконавчого провадження до адміністративно-правової галузі були прийняті або підтримані значною кількістю вчених-правників, а її праця дала поштовх до подальшого аналізу цього правового феномена.

У наступних наукових розвідках (праці А. Перепелиці, А. Авторгова, Ф. Бортняка, К. Шкарупи та ін.) неодноразово зверталася увага на адміністративно-правову природу примусового виконання судових рішень.

Незважаючи на домінування в науковому середовищі поглядів щодо визнання виконавчого провадження складовою адміністративного права, спостерігаються певні спроби реанімувати погляди на виконавче провадження як на цивільно-процесуальний інститут. Зокрема, О. Хотинська наводить низку аргументів, які, на її думку, підтверджують цивільно-правову природу виконавчого провадження. Основним доводом на обґрунтування цивільно-процесуальної природи примусового виконання судових рішень висувається принцип диспозитивності, який «пронизує» виконавче провадження й є дуже поширеним у сфері примусового виконання судових рішень.

«Правовідносини, які виникають у виконавчому провадженні, пронизує принцип диспозитивності, який характерний для цивільних процесуальних правовідносин, і передбачає, що основною рушійною силою цивільного судочинства є ініціатива осіб, які беруть участь у справі. Дане твердження знаходить своє відображення у нормі Закону України «Про виконавче провадження», яка встановила, що державний виконавець відкриває виконавче провадження за заявою стягувача або його представника (ст. 18). Принцип диспозитивності безпосередньо пов'язаний з положеннями, які визначають підстави припинення виконавчого провадження шляхом прийняття судом відмови стягувача від стягнення, добровільного виконання боржником своїх обов'язків, затвердження судом мирової угоди між стягувачем та боржником, відмови стягувача від одержання предметів, вилучених у боржника при виконанні рішення про передачу їх стягувачеві» [5, с. 51].

На нашу думку, наявність диспозитивного елемента не свідчить про цивільно-процесу-

альну природу виконавчого провадження. Загальновідомими є випадки значної присутності диспозитивного методу у регулюванні адміністративно-правових відносин, які докладно проаналізовані й описані вченими-адміністративістами. Наприклад, відносини реординачії, коли особа, яка не перебуває у субординаційних відносинах з органом державного управління, ініціює виникнення адміністративно-правових відносин. Навпаки, у цивільно-процесуальній галузі права є випадки використання імперативного методу, який не є типовим для цієї галузі права.

Більше того, на сучасному етапі, жодна з галузей права не володіє монополією (виключним правом) на використання того чи іншого методу правового регулювання. Тому основне питання з точки зору методології, що постає перед дослідником, який намагається визначити належність того чи іншого інституту до певної галузі права, полягає у співвідношенні методів правового регулювання.

Екстраполюючи зазначений підхід на нашу ситуацію, ми повинні визначити, який метод щодо виконавчого провадження є основним – імперативний чи диспозитивний. На нашу думку, таким є імперативний метод, оскільки здійснення виконавчого провадження без нього було б неможливим в принципі. (Ми не можемо покладатися на добровільне виконання боржником зобов'язань. Результат такого сподівання у переважній більшості випадків є наперед відомим. Крім того, ми навіть не вправі апелювати до рівня добровільних виконань судових та інших рішень, що на сьогодні склався у сфері виконавчого провадження, оскільки добровільність виконання рішень переважною кількістю боржників не є виконанням з «доброї» волі. До цього вони «стимулюються» державою за допомогою процедури примусового виконання та негативних наслідків для боржника, пов'язаних з відшкодуванням витрат на примусове виконання судового чи іншого рішення).

Разом із тим якщо уявити, що виконавче провадження втратило притаманні йому ознаки диспозитивності, наприклад було б скасоване положення про прийняття судом відмови стягувача від стягнення чи про добровільність виконання боржником своїх обов'язків, а замість того, щоб видавати виконавчий лист стягувачу, суд видавав би його відразу державному виконавцю тощо, то чи було б можливе виконання судових та інших рішень у даній ситуації. На нашу думку, так. Таким чином, імперативний метод у рамках виконавчого провадження є не просто домінуючим, а визначальним і життєво необхідним для забезпечення належного функціонування цього інституту. Тому з точки зору методології належні підстави для обстоювання

цивільно-процесуальної природи цього інституту відсутні.

Наступним аргументом на користь віднесення виконавчого провадження до галузі цивільно-процесуального права є єдність цивільних процесуальних правовідносин і правовідносин у виконавчому провадженні, яка «виявляється також і в підставах виникнення цих правовідносин. Іншими словами, юридичними фактами у правовідносинах у виконавчому провадженні, як і в цивільних процесуальних правовідносинах, є юридичні дії суб'єктів цих правовідносин, причому кожна дія одного суб'єкта є підставою виникнення правомочностей іншого суб'єкта. Так, звернення стягувача з заявою про відкриття виконавчого провадження є юридичною дією, яка породжує виникнення обов'язку у державного виконавця, якщо є всі необхідні умови, прийняти виконавчий документ і відкрити виконавче провадження» [5, с. 51].

Ми вважаємо що, цей аргумент не може використовуватися для обґрунтування цивільно-процесуальної природи виконавчого провадження, оскільки згадані юридичні факти властиві також і для адміністративного права. Більше того, вони є визначальними для виникнення певних адміністративно-правових відносин (реординаційні відносини, публічно-сервісні відносини тощо). Наприклад, надання ліцензій, дозволів, прав тощо. Як правило, такі відносини ініціюються не органом виконавчої влади, а діями заінтересованої особи, що не перебуває у субординаційних відносинах із конкретним органом. При цьому у багатьох випадках вона на власний розсуд має право на будь-якій стадії відмовитися від виконання та зупинити процес оформлення або надання певної адміністративної послуги.

Прихильники обґрунтування цивільно-процесуальної природи виконавчого провадження вказують на активну участь суду у виконавчому провадженні. Заінтересованість суду у виконанні свого рішення є логічним, а деякі його контрольні повноваження стосовно виконавчого провадження (з огляду на цю обставину) є природними. Але чи є це свідченням цивільно-процесуальної природи виконавчого провадження? На нашу думку, ні.

По-перше, якщо порівняти значення суду в цивільному процесі та у виконавчому провадженні то у вічі впадуть значні відмінності у відношенні до обсягу прав. У виконавчому провадженні права суду суттєво менші, ніж у цивільному процесі.

По-друге, ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» дефініює виконавче провадження як «завершальну стадію судового провадження». Таке визначення виконавчого провадження суперечить спробам обґрунтувати його місце у рамках цивільного процесу. Поняття «судове провадження» не зводиться виключно до цивільного процесу.

В іншому випадку процесуальну діяльність господарського й адміністративного судів буде проігноровано. Так, Закон України «Про виконавче провадження», крім іншого, покладає на державну виконавчу службу виконання виконавчих листів, виданих за рішеннями, ухваленими адміністративними судами, а також накази господарських судів. При цьому не спеціалізовані суди (у рамках цивільного процесу) володіють стосовно виконавчого провадження повноваженнями, що аналогічні тим, якими наділені спеціалізовані господарські й адміністративні суди (у рамках господарського й адміністративного процесів відповідно). З огляду на зазначене, досліджуючи правову природу інституту виконавчого провадження, ми не можемо виходити з галузей процесуального права, які регламентують діяльність відповідних судів. В іншому випадку нам довелося б констатувати, що одні й ті самі дії державного виконавця щодо виконання виконавчих документів, виданих різними судами, вчинення яких регламентуються Законом України «Про виконавче провадження», а не тим чи іншим процесуальним кодексом, могли б одночасно тлумачитися як такі, що належать до різних галузей права (цивільно-процесуального, господарсько-процесуального, адміністративно-процесуального), а це є алогічним по суті. Тому єдиний критерій, яким ми повинні оперувати для об'єктивного визначення природи виконавчого провадження, є безпосередній аналіз виконавчого провадження, здійснення якого врегульовано окремим Законом України «Про виконавче провадження».

Заслугує на увагу також те, що правовий статус позивача та відповідача у цивільному процесі суттєво відрізняється від правового статусу стягувача та боржника у виконавчому провадженні. Сторони цивільного процесу (позивач і відповідач) характеризуються процесуальною рівністю, а сторони виконавчого процесу (стягувач і боржник) не є у процесуальному відношенні рівними. Нерівність сторін виконавчого провадження забезпечується примусовою процедурою виконання рішень на користь стягувача.

Слід зазначити, що факт входження державної виконавчої служби до складу органу виконавчої влади (Міністерства юстиції України) не повинен розглядатися вченими-правниками як один із основних аргументів, що наводиться представниками науки адміністративного права на обґрунтування адміністративно-правової природи виконавчого провадження. Це дуже серйозне спрощення.

Входження державної виконавчої служби до складу органу виконавчої влади (Міністерства юстиції України) є скоріше додатковим аргументом на користь адміністративно-правової природи виконавчого прова-

дження, а не основним. Основний аргумент на користь адміністративно-правової природи виконавчого провадження, що пов'язаний з органом примусового виконання рішень (державною виконавчою службою), знаходиться у площині його діяльності. Ми стверджуємо, що така діяльність є управлінською, але не просто управлінською, а такою, що має ознаки виконавчо-розпорядчої діяльності. При цьому зміна місця органу примусового виконання рішень (державної виконавчої служби) в системі органів державної влади жодним чином не зможе нівелювати або переформатувати управлінський (виконавчо-розпорядчий) характер її діяльності. Тому, якщо навіть ця служба буде передана до судової системи, її діяльність збереже ознаки управлінської (виконавчо-розпорядчої) у сфері виконавчого провадження.

У свою чергу, ідея виокремлення виконавчого провадження у самостійну правову галузь підтримувалася Ю. Білоусовим, М. Юковим, В. Шерстюком [6–8].

Не вдаючись до детального аналізу висунутих ними аргументів, звернімо увагу лише на той, що, на нашу думку, є основним – різноманітність правовідносин у виконавчому провадженні. Дійсно, така різноманітність існує. Більше того, вона стала підставою для дискусій та обговорень природи виконавчого провадження. Проте чи дає така різноманітність право стверджувати про самостійність виконавчого провадження в системі галузей права. Ми вважаємо, що ні.

Нами неодноразово зверталася увага на факт домінування адміністративно-правових відносин у сфері виконавчого провадження. Крім того вказане домінування має очевидний і переконливий характер, що, на нашу думку, унеможливує бачення виконавчого провадження як самостійної галузі права.

This article is devoted to research of administrative nature of the phenomenon of execution of court decision.

В статье исследуется административно-правовая природа феномена исполнения судебных решений.

Висновки

Проведений нами аналіз правової природи примусового виконання судових рішень дозволяє стверджувати про визначальний і домінуючий характер імперативного методу, зменшення (у порівнянні з цивільним процесом) ролі участі суду, відсутність процесуальної рівності сторін виконавчого провадження, адміністративно-правову природу юридичних фактів. Слід також зазначити, що поняття «завершальна стадія судового провадження» не може розглядатися як аргумент цивільно-процесуальної природи виконавчого провадження.

Література

1. *Гринько Ю. И.* Исполнение судебных решений. – Казань, 1969. – 72 с.
2. *Авдюков М. Г.* Исполнение судебных постановлений // Советский гражданский процесс. – М., 1970.
3. *Заворотько П. П.* Процессуальные гарантии исполнения судебного решения. – М., 1974. – 360 с.
4. *Сергун А. К.* Проблемы исполнительного производства в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1980. – 32 с.
5. *Хотинська О. З.* Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 195 с.
6. *Білоусов Ю.* Цивільне виконавче право як самостійна галузь права // Закон і бізнес. – 2001. – № 5.
7. *Юков М. К.* Исполнение решений в отношении социалистических организаций. – М., 1984. – 128 с.
8. *Шерстюк В. М.* О месте норм исполнительного производства в системе права Российской Федерации // Вестник Моск. ун-та: Сер. Право. – 1995. – № 1. – С. 12–18.



МІСЦЕ ВИЛУЧЕННЯ РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ ЯК ЗАХОДУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРИМУСІ Й АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Ольга Дьоміна,

здобувачка Національного університету біоресурсів
і природокористування України,
м. Київ

Стаття присвячена визначенню положень законодавства щодо місця вилучення речей і документів як заходу адміністративно-процесуального примусу в адміністративному примусі й адміністративному процесі.

Ключові слова: адміністративно-процесуальний примус, адміністративний процес, адміністративний примус, вилучення речей і документів.

В юридичній літературі вилучення речей і документів пов'язують, як правило, з провадженням у справах про адміністративні правопорушення. Разом із тим сфера застосування цього заходу значно ширша і не завжди пов'язана з діяльністю публічної адміністрації з притягнення винних до адміністративної відповідальності.

Мета цієї статті – визначити на основі аналізу законодавства та наукової літератури місце вилучення речей і документів як заходу адміністративно-процесуального примусу в адміністративному примусі й адміністративному процесі.

Над питаннями адміністративного примусу й адміністративного процесу працювали такі фахівці, як В. Авер'янов, Д. Бахрах, Ю. Битяк, І. Голосніченко, С. Гончарук, Ю. Козлов, Т. Коломоець, В. Колпаков, А. Комзюк, О. Кузьменко, Н. Хорошак та ін. Проте в роботах цих науковців вилучення речей і документів розглядається переважно в межах заходів забезпечення адміністративно-деліктного провадження, а сфера його застосування виходить за ці межі.

Вилучення речей і документів як захід адміністративно-процесуального примусу є, з одного боку, різновидом заходів адміністративного примусу, а з іншого – процедурою, що здійснюється відповідно до встановлених правил, закріплених в адміністративно-процесуальних нормах. Тому цей захід не може з необхідною повнотою, послідовністю та системністю розглядатися без з'ясування понять і сутності адміністративного примусу й адміністративного процесу.

Сьогодні не викликає сумніву той факт, що між заходами адміністративного, адміністративно-процесуального примусу та вилученням речей і документів є співвідношення загального, родового та конкретного. За допомогою діалектичного методу наукового пізнання можна дослідити ті чи інші явища на основі з'ясу-

вання їх нерозривного зв'язку та взаємозалежності із загальними категоріями. Виходячи з цього, перш як розглянути сутність вилучення речей і документів, доцільно з'ясувати більш загальні поняття: адміністративний примус, адміністративний процес, адміністративно-процесуальний примус, визначити їх співвідношення та взаємозв'язок, місце вилучення речей і документів серед цих заходів та діяльності. Саме такий підхід сприятиме досягненню основної мети дослідження.

Враховуючи вторинність процесуальних норм права щодо матеріальних, з'ясуємо співвідношення та зміст адміністративного примусу та його видів, а потім визначимо місце вилучення речей і документів у адміністративному процесі.

Поняття «державний примус» в юридичній літературі визначають по-різному. Не заглиблюючись у дискусію щодо поняття «державний примус», можемо констатувати, що його визначення суттєво один одному не суперечать, не є взаємовиключними, а певним чином доповнюють його, підтверджують розмаїття державно-примусових заходів, їх широкі можливості щодо забезпечення волі держави, охорони найважливіших суспільних відносин. Загальним для них є визнання того, що державний примус впливає, як правило, на конкретну особу з метою досягнення відповідності її поведінки нормативним установам.

Н. Хорошак схематично окреслює систему різновидів державно-правового примусу, виділяючи їх специфіку та співвідношення. Державно-правовий примус поділяється на:

- кримінальний примус – кримінальна санкція, покарання, кримінальна відповідальність;
- цивільно-правовий примус – цивільно-правова санкція, заходи забезпечення виконання зобов'язань, цивільно-правова відповідальність;
- дисциплінарний примус – дисциплінарна санкція, дисциплінарне покарання, дисциплінарна відповідальність;
- адміністративний примус – адміністративно-правова санкція (стягнення), адміністра-

тивна відповідальність, інші санкції, що застосовуються за адміністративні правопорушення, які не зумовлюють настання адміністративної відповідальності; інші примусові заходи, які не забезпечуються санкціями, не тягнуть настання адміністративної відповідальності [1, с. 18].

Д. Бахрах звертає увагу на те, що коректніше було б адміністративний примус називати адміністративно-правовим, оскільки адміністративний примус на практиці існує й у неправових формах [2, с. 255–256].

Слід зазначити, що сьогодні в адміністративному праві України на доктринальному рівні немає єдиного визначення поняття «адміністративний примус». Питанню правової природи та характерних ознак адміністративного примусу в науковій літературі приділяється велика увага. Єдність думок з цього приводу у вчених-адміністративістів не досягалася в силу різних поглядів на деякі ознаки адміністративного примусу. Зокрема, одні фахівці вважають, що його застосування – це результат реалізації державно-владних функцій, що є винятковою прерогативою органів державного управління, проте у певних випадках такі повноваження застосовуються судами, а іноді й громадськими організаціями й їх уповноваженими представниками. Деякі пов'язують застосування заходів адміністративного примусу лише із учиненням адміністративного проступку; їх опоненти стверджують, що не можна заперечувати існування факту застосування примусового заходу й у випадках відсутності проступку, зокрема для його попередження тощо. Але на сучасному етапі розвитку адміністративно-правової науки простежується тенденція до майже одноманітного сприйняття сутності й особливостей адміністративного примусу. Так, А. Комзюк вважає, що адміністративний примус – це застосування відповідними суб'єктами до осіб, які не перебувають в їх підпорядкуванні, незалежно від волі та бажання останніх, передбачених адміністративно-правовими нормами заходів впливу морального, майнового, особистісного й іншого характеру з метою охорони суспільних відносин, що виникають у сфері державного управління, шляхом попередження та припинення правопорушень, покарання за їх вчинення [3, с. 41]. На думку Т. Коломєєць, адміністративно-правовий примус – це один із основних методів державного управління, який полягає в застосуванні уповноваженими на те органами виконавчої влади, контрольно-наглядовими органами (а в деяких, чітко визначених законодавством випадках, і громадськими об'єднаннями, наприклад щодо охорони громадського порядку та державного кордону) у передбачених нормами права (переважно адміністративного, хоча точніше – публічного права) випадках комплексу примусових заходів психічного та фізичного впливу на поведінку і свідомість осіб з метою забезпечення громадського порядку, громадської безпеки, недопущення, припинення правопорушень, притягнення винних осіб до

відповідальності, а також запобігання наслідкам надзвичайних подій, їх локалізації [4, с. 110–111]. Адміністративний примус – вид державного примусу, який застосовується правомочними державними органами (посадовими особами) з метою попередження та припинення адміністративного проступку, а також забезпечення притягнення винного до адміністративної відповідальності [5, с. 221]. Стосовно останнього визначення слід зазначити, що воно обмежується лише метою забезпечення притягнення до відповідальності, а застосування каральних засобів не охоплює. В. Колпаков та О. Кузьменко під адміністративним примусом розуміють владне, здійснюване в односторонньому порядку та передбачених правовими нормами випадках застосування від імені держави до суб'єктів правовідносин заходів попередження правопорушень; заходів припинення правопорушень; заходів відповідальності за порушення нормативно-правових установлень [6, с. 190].

Аналіз наведених визначень свідчить, що в них на перший план виходять ознаки адміністративного примусу, які визначають суб'єктів, об'єктів і підстави (ситуації) його застосування; при цьому дещо нівелюються ознаки, характерні для державно-правового примусу в цілому.

І. Беленчук під адміністративним примусом як методом управління розуміє застосування психічного, матеріального чи фізичного впливу на свідомість і поведінку людей [7, с. 70]. На нашу думку, таке розуміння є занадто широким, не відображає специфіку адміністративного примусу й охоплює не лише його, а й інші методи управлінської діяльності (зокрема, переконання).

На нашу думку, розмаїття, а часом і протилежність, позицій учених щодо поняття й особливостей адміністративного примусу лише доповнюють одна одну, збагачують здобутки адміністративно-правової науки, розкривають розглянутий інститут з різних сторін, підкреслюють усю багатогранність його прояву.

Викладене дозволяє зробити висновок, що *адміністративний примус* – це особливий різновид державного примусу, що полягає в заснованому на законі негативному владному впливі на волю та свідомість суб'єктів правовідносин у випадку, коли норми права добровільно ними не виконуються або створюється загроза їх порушення, з метою недопущення та припинення вчинення правопорушення або настання небезпечних подій, а також їх наслідків, охорони та захисту суспільних відносин у сфері публічного адміністрування.

Різноманітне трактування сутності й особливостей адміністративного примусу зумовило ще одну дискусію в науці адміністративного права щодо його поділу на види. Сьогодні існує велика кількість наукових доробок, присвячених заходам адміністративного примусу й їх класифікації, що свідчить про підвищений інтерес з боку вчених-адміністративістів до даної проблеми. Цей інтерес має своє підґрунтя, оскільки

класифікація заходів адміністративно-правового примусу має велике теоретичне та практичне значення. Вважаємо за доцільне звернутися до класичної тріади (що утворилася в юридичній літературі та підтримується більшістю науковців) заходів адміністративного примусу: заходи адміністративного попередження, припинення та заходи відповідальності за порушення нормативно-правових установлень. Вилучення речей і документів, як правило, пов'язують лише з провадженням у справах про адміністративні правопорушення як захід, що забезпечує таке провадження. У той самий час цю міру розглядають у межах заходів адміністративно-процесуального примусу як самостійну групу заходів адміністративного примусу.

Місце адміністративно-процесуальних заходів у системі заходів адміністративного примусу й їх сутність розглядалися та обґрунтовувалися багатьма вченими. Аналіз їх точок зору свідчить, що всі дослідники пов'язують застосування цих примусових заходів безпосередньо з провадженням у справах про адміністративні правопорушення й обмежують коло адміністративно-процесуальних заходів заходами, спрямованими на забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, що, на нашу думку, не зовсім відповідає сучасним поглядам на зміст і структуру адміністративного процесу.

Незважаючи на достатньо тривалий шлях розвитку науки адміністративного права, серед учених-адміністративістів досі тривають дискусії щодо визначення її ключових понять. Одним із предметів такої суперечки є визначення адміністративного процесу, меж його поширення, правової природи, структури та змісту.

Узагальнюючи більшість поглядів науковців з цього приводу, Т. Коломоєць зазначає, що на сьогодні в адміністративній науці не склалося усталеного й єдиного розуміння адміністративного процесу. Можна виділити принаймні три основні підходи до його визначення. *Перший підхід* (його ще називають юрисдикційним) передбачає так зване вузьке розуміння адміністративного процесу, згідно з яким адміністративний процес – це врегульований нормами адміністративно-процесуального права порядок застосування заходів адміністративного примусу, насамперед адміністративних стягнень (іншими словами, у вузькому розумінні адміністративний процес – це провадження у справах про адміністративні правопорушення). Відповідно до *другого підходу* (так званого управлінського), його ще називають широким розумінням адміністративного процесу, адміністративний процес пропонується розглядати як урегульований нормами адміністративно-процесуального права порядок розгляду індивідуально-конкретних справ у сфері виконавчої діяльності органів державного управління, а у передбачених законодавством випадках і іншими, уповноваженими на те органами. Нарешті, виокремлюється і *третій підхід* до ви-

значення адміністративного процесу, умовно його можна назвати судочинським, який походить від розуміння юридичного процесу виключно як форми правосуддя. Отже, адміністративний процес у даному випадку розглядається лише як судовий розгляд публічно-правових спорів, віднесених до компетенції адміністративних судів [8, с. 136–137].

Метою нашої статті не є аналіз цих концепцій, тому зазначимо, що, на нашу думку, «управлінська» концепція найбільш повно відображає сучасні погляди на природу юридичного процесу та фактичний стан речей у даній сфері. Саме на ньому ми ґрунтуватимемося в даному дослідженні з одним зауваженням: адміністративний процес пов'язаний із вирішенням не тільки індивідуально-конкретних справ, а й реалізацією інших владних повноважень публічної адміністрації.

Адміністративний процес – це сукупність адміністративних проваджень. Загальна кількість конкретних адміністративних проваджень надзвичайно велика, що зумовлено характером управлінської діяльності, яка охоплює всі сторони суспільного життя, різноманітністю публічних правовідносин, що постійно змінюються. Все це стало підґрунтям для наукової дискусії про структуру адміністративного процесу та види його проваджень. Виділення адміністративних проваджень як складової частини адміністративного процесу логічно впливає з розмаїтості справ, що розв'язуються публічною адміністрацією, та норм права, які при цьому застосовуються. Виходячи з наведених концепцій адміністративного процесу виділяють і його види: управлінський та юрисдикційний (провадження у справах про адміністративні правопорушення). Саме останній вид адміністративного процесу більшість науковців пов'язує із застосуванням примусових заходів. Проте це твердження не повністю відображає реальний стан речей у цій сфері. Примусові заходи, серед них і вилучення речей і документів, застосовуються також в інших провадженнях. Так, відповідно до статей 7 і 13 Закону України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» спеціально уповноважені органи виконавчої влади, що здійснюють державний контроль і нагляд за якістю та безпечністю продукції, на підставі результатів відповідних перевірок приймають рішення про вилучення з обігу неякісної та небезпечної продукції, подальше поводження з нею. Відповідно до ст. 269 Кодексу адміністративного судочинства може застосовуватися такий захід адміністративно-процесуального примусу, як тимчасове вилучення доказів для дослідження судом та ін.

Таким чином, складна внутрішня неоднорідність адміністративного процесу, що складається із різних проваджень, дозволяє нам зробити ключове теоретичне припущення про наявність примусових адміністративно-процесуальних заходів, спрямованих на забезпечення

найрізноманітніших проваджень. Традиційно примусовими заходами вважалися лише заходи, спрямовані на забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, що було б припустиме лише у випадку збігу за обсягом понять «адміністративний процес» і «адміністративне провадження». Нами наведені приклади, які однозначно підтверджують, що заходами адміністративно-процесуального примусу слід вважати дії, спрямовані на забезпечення будь-якого адміністративного провадження, а не лише провадження у справах про адміністративні правопорушення, як це в основному вважалося раніше.

Викладене дозволяє зробити висновок, що чинне адміністративне законодавство передбачає можливість застосування різних примусових заходів, спрямованих на забезпечення здійснення тих або інших проваджень, які становлять адміністративний процес, у випадках, якщо створюються об'єктивні перешкоди нормальної реалізації адміністративних процедур і процесуальної діяльності публічної адміністрації.

Наведених нами деяких нормативно закріплених прикладів і теоретичних аргументів досить для того, щоб констатувати: заходами адміністративно-процесуального примусу будуть будь-які примусові заходи, у тому числі вилучення речей і документів, спрямовані на забезпечення тих або інших адміністративних проваджень. Як адміністративний процес не обмежується лише адміністративно-деліктним провадженням, так і заходи адміністративно-процесуального примусу не обмежуються забезпеченням провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Таким чином, ми пропонуємо розглядати вилучення речей і документів як захід адміністративно-процесуального примусу, залежно від того, в рамках якого провадження воно застосовується, як примусовий захід забезпечення

адміністративно-деліктного, дисциплінарного, контрольно-наглядового й інших проваджень.

Заходи адміністративно-процесуального примусу мають двояку природу. З одного боку, вони визначені матеріальними нормами адміністративного права та перебувають у межах більшого явища – адміністративного примусу, з іншого – вони врегульовані нормами процесуального права та застосовуються в процесі різноманітної адміністративно-процесуальної діяльності публічної адміністрації. Тому виокремлювати ці заходи в окрему групу заходів адміністративного примусу не зовсім правильно, оскільки вони можуть застосовуватись у межах як адміністративно-попереджувальних заходів (контроль і нагляд), так і заходів адміністративного припинення (забезпечення деліктного провадження) і відповідальності, та здебільшого мають адміністративно-процесуальний характер.

Література

1. Хорощак Н. В. Адміністративні стягнення за законодавством України. – К., 2004. – 172 с.
2. Бахрах Д. Н. Адміністративне право. – М., 1996.
3. Колзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації / За ред. О. М. Бандурки. – Х., 2002. – 345 с.
4. Коломоєць Т. О. Класифікація заходів адміністративно-правового примусу // Право України. – 2003. – № 2. – С. 105–111.
5. Адміністративне право України / За ред. С. В. Ківалова. – О., 2003. – 920 с.
6. Колпаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України. – К., 2003. – 544 с.
7. Беленчук І. А. Адміністративне право України. – К., 2004. – 176 с.
8. Адміністративне право України / За ред. Т. О. Коломоєць. – К., 2008. – 219 с.

The article is devoted determination, on the basis of looks of research workers, positions of legislation of place of withdrawal of things and documents, as administrative-judicial measure of compulsion in an administrative compulsion and administrative process.

Стаття посвячена определению положений законодательства, касающихся места изъятия вещей и документов, как меры административно-процессуального принуждения в административном принуждении и административном процессе.



ПОЗИТИВНИЙ АСПЕКТ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Юрій Ровинський,

канд. наук з держ. управління,
начальник Одеського територіального управління
Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України

У статті аналізується структура фінансової відповідальності з метою визначення елементів, активне застосування яких має поліпшити її ефективність, обґрунтовується положення про те, що заохочення як елемент позитивної складової фінансової відповідальності є одним із найбільш діючих засобів її формування та реалізації.

Ключові слова: юридична відповідальність, фінансова відповідальність, позитивна відповідальність, негативна відповідальність, фінансовий обов'язок, державний примус, заохочення, санкція.

Сучасний етап розвитку та функціонування національної системи права в Україні характеризується високим рівнем правового нігілізму, розширенням зони девіантної поведінки відносно її різноманітних інститутів. Одним із факторів, що має забезпечити ефективне функціонування правового регулювання, є створення дієвого механізму юридичної та (як її різновиду) фінансової відповідальності.

Безвідповідальна поведінка суб'єктів фінансових відносин стає можливою через недосконалість норм фінансового права. Недосконалість спеціальних норм, відсутність дієвої системи фінансової відповідальності, передусім у бюджетній і банківській сфері, є основними причинами сучасного фінансового та бюджетного занепаду.

Загальне філософське підґрунтя проблеми юридичної відповідальності, її зв'язок з категорією соціального регулювання розкривається в роботах В. Копейчикова, І. Львіна, М. Діденко, В. Селіванова, П. Рікера, які доходять висновку про наявність у юридичної відповідальності позитивних і негативних складових, що є її видовими ознаками.

Визначенню сутності та механізмів забезпечення ефективного функціонування засобів юридичної та фінансової відповідальності присвячені дослідження вітчизняних науковців Л. Воронової, В. Нагребельного, В. Чернадчука, В. Сухонос, а також російських учених В. Кудрявцева, М. Карасьова, А. Селюкова. Разом із тим позитивна складова фінансової відповідальності лише декларується як її зворотний бік.

За умов, коли відносини між державою та громадянами будуються не на загрозі застосування державного примусу, а на принципах соціального партнерства, дослідження позитивних складових фінансової відповідальності є актуальним і логічним напрямом розвитку науки фінансового права.

Метою цієї статті є визначення позитивних складових структури фінансової відповідальності, активне застосування яких має поліпшити її ефективність.

Новизна дослідження полягає у започаткуванні нової парадигми поняття «фінансова відповідальність», що ґрунтується на визнанні пріоритетності у механізмі її реалізації позитивних складових – заохочення та співробітництва.

Традиційно співвідношення юридичної та фінансової відповідальності розглядається у межах системи «рід – види». Ознаки, властиві родовому поняттю юридичної відповідальності, обов'язково виявляються у видових поняттях. Одночасно юридична відповідальність є видовим поняттям відносно соціальної відповідальності. Отже, юридична відповідальність наділена ознаками соціальної відповідальності. Ці ознаки знаходять у понятті «юридична відповідальність» свій специфічний вияв [1, с. 51–58]. Разом із тим юридична відповідальність має й власні ознаки.

У межах загальнофілософського підходу соціальна відповідальність розглядається в єдності позитивного та негативного аспектів [2–5]. Відповідними характеристиками має бути наділена й юридична відповідальність як вид соціальної відповідальності. Ґрунтуючи наше дослідження поняття «фінансова відповідальність» на правилах логіки, зазначимо, що ознаки, які є притаманними родовим поняттям відповідальності (юридичної та соціальної), повинні знаходити своє відображення й у видового поняття. Таким чином, якщо ми визначаємо позитивний і негативний аспекти у загальносоціального поняття, то вони повинні знайти своє втілення й у видовому понятті «фінансова відповідальність».

У вітчизняній теорії права знаходимо відповідне розуміння змісту поняття «юридична відповідальність», яка поділяється на перспективну (позитивну) та ретроспективну (негативну). Позитивна юридична відповідальність передбачає сумлінне виконання суб'єктами правових відносин своїх обов'язків перед громадянським суспільством, державою, колективом людей та окремою особою. Ретроспективна юридична відповідальність характеризується специфічними правовідносинами між державою та

правопорушником. У цьому випадку застосовується державно-правовий примус, який характеризується засудженням протиправного діяння та суб'єкта правопорушення, покладанням на останнього обов'язку понести позбавлення і несприятливі наслідки особистого, майнового, організаційного характеру за скоєне правопорушення [6, с. 197].

Загальне визначення юридичної відповідальності, на нашу думку, має містити такі характеристики: це об'єктивний, формально визначений, гарантований і забезпечений державним примусом, переконанням або заохоченням юридичний обов'язок суб'єктів суспільних відносин із дотримання приписів правових норм. Він реалізується в правомірній поведінці, наслідком якої є схвалення або заохочення, а у випадку здійснення правопорушення – обов'язковим є осуд правопорушника та обмеження майнового або особистого немайнового характеру, що реалізуються в правових відносинах відповідальності, які мають охоронний характер.

Поняття «фінансова відповідальність» сформувалось в межах як загальної теорії юридичної відповідальності, так і теорії адміністративної відповідальності. Фінансова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, а остання, у свою чергу, – різновидом соціальної відповідальності. Отже, у зміст фінансової відповідальності має бути включена позитивна складова її реалізації.

Аналіз стану розроблення проблеми визначення, можливих завдань і механізму реалізації позитивних складових реалізації фінансової відповідальності свідчить, що це явище практично не досліджене. Винятком є монографія, присвячена проблемам позитивної та негативної податкової відповідальності А. Гогіна [7]. Недостатній ступінь розроблення проблем позитивних складових фінансової відповідальності є негативною тенденцією у розвитку науки фінансового права. Слід зазначити, що практично в усіх галузевих юридичних науках позитивний аспект галузевого виду юридичної відповідальності активно досліджується на монографічному рівні.

Слід зазначити, що позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності прямо закріплений у фінансовому законодавстві. Законодавець вживає термін «відповідальність» не лише в негативному, а й у позитивному значенні (як відповідальність за майбутні та теперішні дії). Для прикладу можна навести нормативно-правові акти, в яких простежується ідея законодавця про існування позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності. Так, відповідно до статей 6, 7 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» керівник підприємства зобов'язаний створити необхідні умови для правильного ведення бухгалтерського обліку, забезпечити неухильне виконання вимог щодо порядку оформлення та подання до обліку первинних документів. Головний бухгалтер забез-

печує дотримання на підприємстві встановлених єдиних методологічних засад бухгалтерського обліку, складання та подання у встановлені строки фінансової звітності. У п. 3 постанови Правління Національного банку України «Про регулювання грошово-кредитних відносин» від 13.01.2005 р. № 7 вказується: рекомендувати банкам проводити більш виважену процентну політику за залученими коштами та наданими кредитами суб'єктам господарювання, дотримуючись «золотого правила банку», забезпечувати відповідність термінів і розмірів залучених і розміщених коштів, орієнтуючись на облікову ставку Національного банку України за операціями з коштами в національній валюті та ставку ІЛВОК в іноземній валюті.

У пункті 2.9 «Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні», затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 р. № 637 вказується, що готівкова виручка (готівка) підприємств (підприємців), у тому числі готівка, одержана з банку, використовуються ними для забезпечення потреб, що виникають у процесі їх функціонування, а також для проведення розрахунків з бюджетами та державними цільовими фондами за податками і зборами (обов'язковими платежами). Зміст процитованих положень свідчить, що законодавець має на увазі не лише негативний, а й позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності. Ця ідея простежується й у статтях Бюджетного кодексу України, наприклад, відповідно до ст. 39 державний бюджет України виконується за розписом, який затверджується Міністром фінансів України відповідно до бюджетних призначень. Міністр фінансів України протягом бюджетного періоду забезпечує відповідність розпису Державного бюджету України встановленим бюджетним призначенням.

Позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності платників податків закріплений у ст. 67 Конституції України: «Кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом». Проаналізувавши ці та інші норми фінансового права, можна дійти висновку: позитивний аспект фінансової відповідальності є правовим обов'язком суб'єкта діяти у суворій відповідності із вимогами фінансового законодавства. Слід зазначити, що ця позиція відповідає загальнотеоретичній концепції позитивної юридичної відповідальності як різновиду правового обов'язку, але з урахуванням специфіки фінансового законодавства.

Фінансова відповідальність є елементом фінансово-правового статусу фізичних і юридичних осіб, на яких поширює свій вплив фінансове законодавство. Фінансові зобов'язання – це реалізація конституційно встановленої міри належної правової поведінки, що передбачає сплату законно встановлених податків і зборів. Як зазначає М. Матузов, право – не тільки міра свободи, а й міра відповідальності особистості [8, с. 20].

Для сфери фінансової відповідальності необхідно сформулювати поняття «фінансово-правовий обов'язок», яке би визначало обов'язки суб'єктів бюджетних, валютних, податкових, банківських правовідносин. Так, на учасників бюджетних правовідносин покладають обов'язки з цільового використання бюджетних коштів, їх своєчасного перерахування тощо. Специфічними є обов'язки, покладені на кредитні організації на підставі законів України «Про національний банк України», «Про банки і банківську діяльність», відповідно до яких кредитні організації зобов'язані забезпечувати власну стабільність, здійснювати заходи щодо фінансового оздоровлення, дотримуватись обов'язкових нормативів, встановлених Національним банком України. Таким чином, поняття «фінансовий обов'язок» є узагальнюючим і включає в себе різноманітні обов'язки, закріплені в нормативно-правових актах фінансового законодавства. Об'єднати всі ці обов'язки в одну групу (групу фінансових обов'язків) дозволяє їх реалізація в рамках фінансових правовідносин. Податкові, бюджетні, банківські, валютні правовідносини є різновидом фінансових правовідносин.

У нормах, які передбачають фінансову відповідальність, формуються обов'язки суб'єктів фінансових правовідносин; визначається правова модель поведінки й її юридичні наслідки. Характер відповідальності залежить від дій суб'єкта фінансових правовідносин.

На нашу думку, поняття позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності необхідно визначати через категорію «фінансовий обов'язок». Якщо обов'язок із дотримання приписів фінансової норми відсутній, відповідно відсутня й фінансова відповідальність. Фінансово-правова норма виступає формальною підставою фінансової відповідальності. Нормативність і юридичний характер позитивної фінансової відповідальності впливають безпосередньо з її закріпленості у фінансовій нормі у вигляді певної моделі поведінки та діяльності організації. Фінансова відповідальність формалізується фінансовими нормами, її встановлення має місце до факту правомірної або протиправної поведінки. Фінансова відповідальність має закріплювати у своїх нормах найбільш прогресивні моделі поведінки та забороняти (попереджати) соціально шкідливі, небезпечні правопорушення [9, с. 52–58]. Так, оподаткування розраховане на розумність і сумлінність платників податків, без яких позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності неможливий. При цьому розумність і сумлінність повинні реалізовуватися у правомірній, відповідальній поведінці.

Державний примус, закріплений у санкції фінансової норми, є обов'язковою ознакою позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності. На відміну від негативного аспекту реалізації фінансової відповідальності, державний примус реалізується на психологічному

рівні як погроза настання негативних наслідків у випадку порушення вимоги диспозиції. Тому позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності покликаний забезпечити зв'язок диспозиції, санкції та правомірної поведінки.

Разом із тим одним фінансовим обов'язком не можна вичерпати весь позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності. У реальних правовідносинах він об'єктивується та виражається у правомірній поведінці суб'єктів фінансової відповідальності, що забезпечується фінансово-правовим примусом, переконанням і заохоченням. Якщо позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності не забезпечений примусовими заходами, переконанням або заохоченням, то він стає «беззахисним». Міри фінансової відповідальності, що за своєю суттю є правовими обмеженнями та сформульовані у санкціях фінансових норм, покликані забезпечити правомірну поведінку суб'єкта у фінансових правовідносинах.

Норми фінансової відповідальності впливають на волю та свідомість учасників фінансових правовідносин. Вплив зумовлюється правилами поведінки, що містяться в диспозиції фінансової норми, і втілюється у усвідомлення правил суб'єктом. Його результатом стає вироблення певного внутрішнього психологічного відношення. Але почуття обов'язку та відповідальності не є позитивною фінансовою відповідальністю, вони лише характеризують її суб'єктивну сторону. Вплив на рівні санкції фінансової норми здійснюється відносно осіб, схильних до здійснення правопорушень. Державний примус, у випадку відповідальної поведінки суб'єкта фінансових правовідносин, діє тільки на психологічному рівні у вигляді погрози застосування санкції, що передбачає міру фінансової відповідальності. Фінансова відповідальність підтримує нормальне функціонування регулятивних фінансово-правових відносин і сама реалізується в них.

Забезпечення позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності можливе за допомогою заохочувальних фінансових санкцій, питання про які є актуальним, але практично воно мало досліджене. Слід зазначити, що заохочення – один із найбільш дієвих засобів формування позитивної відповідальності у фінансових правовідносинах. Заохочувальна санкція виступає мірою позитивної відповідальності, противагою пені, штрафу, іншим негативним санкціям.

Чинне фінансове законодавство закріплює оцінку фінансово-правомірної поведінки. Так, податкові органи проводять відповідні податкові перевірки; Рахункова палата здійснює контроль за витратою бюджетних засобів; Національний банк України контролює фінансову діяльність кредитних організацій і т. д.

Важливо, щоб реальними цілями відповідних заходів були не тільки виявлення правопорушень, а й констатація правомірної поведінки, її схвалення, що закріплюється у відповідному процесуальному документі. Ви-

кладене дозволяє сформулювати ознаки позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності: *нормативність; формальна визначеність, чіткість і деталізованість; наявність фінансового обов'язку з дотримання приписів норм фінансового законодавства; фінансово-правомірне поведінка; забезпеченість державним переконанням, примусом або заохоченням.*

Таким чином, позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності – це нормативний, формально визначений, гарантований і забезпечений державою фінансово-правовий обов'язок суб'єктів фінансово-правових відносин з дотримання приписів норм фінансового законодавства, що реалізується у фінансово-правомірній поведінці, наслідком якої є схвалення або заохочення.

Фінансова відповідальність поєднує позитивні та негативні складові. Якщо суб'єкт не дотримується приписів фінансових норм, порушує їх, то виникає негативна відповідальність. З моменту здійснення фінансового правопорушення фінансова відповідальність виникає у вигляді обов'язку правопорушника зазнати осуду та понести несприятливі наслідки немайнового і майнового характеру, передбачені санкцією фінансової норми. Однак один лише обов'язок не може характеризувати фінансову відповідальність у цілому. Обов'язок є атрибутом (частиною) правовідносин. У визначенні фінансової відповідальності необхідно включити як обов'язок фінансового правопорушника понести несприятливі правообмеження, передбачені санкцією норми фінансової відповідальності, так і реалізацію фінансової санкції, тобто безпосереднє отримання правопорушником несприятливих наслідків. У такій конструкції реалізації санкції, що передбачає міру фінансової відповідальності, виступає частиною правовідносин, що виникають між правопорушником і компетентними органами. Реалізація санкції означає реалізацію негативного аспекту фінансової відповідальності, що виражається в несприятливих обмеженнях майнового або організаційного характеру. Негативний аспект реалізації фінансової відповідальності спрямований у майбутнє, щоб не допустити повторного фінансового правопорушення. Санкція, що передбачає міру фінансової відповідальності, є засобом забезпечення як позитивного, так і негативного аспекту реалізації фінансової відповідальності.

The analysis of the structure of financial responsibility that was realized for the purpose of the determination of the elements, which active application will increase its effectiveness is made. Is grounded the position about the fact that encouragement as the elements of positive component of the financial responsibility are some of the most efficient means of its formation and realization.

В статье анализируется структура финансовой ответственности с целью определения элементов, активное применение которых повысит ее эффективность, обосновывается положение о том, что поощрение как элемент положительной составляющей финансовой ответственности является одним из наиболее действенных средств ее формирования и реализации.

Узагальнюючи результати структурно-функціонального аналізу феномена фінансової відповідальності можна визначити її, як юридичний обов'язок суб'єктів фінансових правовідносин з дотримання приписів норм фінансового законодавства, що реалізується в правомірній поведінці, а у випадку здійснення фінансового правопорушення – обов'язок правопорушника понести осуд і обмеження майнового або немайнового характеру.

Висновки

Фінансова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, отже, до її структури входять позитивний і негативний аспекти реалізації. *Позитивний аспект фінансової відповідальності* виявляється як правовий обов'язок суб'єкта діяти у суворій відповідності із вимогами фінансового законодавства. Забезпечення позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності можливе за допомогою заохочувальних фінансових санкцій. *Заохочення* – один із найбільш дієвих засобів формування позитивної відповідальності у фінансових правовідносинах. Заохочувальна санкція є мірою позитивної відповідальності, протипагою пені, штрафу, іншим негативним санкціям. Важливо, щоб реальними цілями заходів щодо контролю за виконанням фінансового законодавства були не лише виявлення правопорушень, а й констатація правомірної поведінки та її схвалення.

Література

1. Кудрявцев В. Н. Закон, поступок, ответственность. – М., 1986. – 299 с.
2. Косолапов Р., Марков В. Свобода и ответственность. – М., 1969. – 356 с.
3. Ильин И. А. Путь к очевидности. – М., 1993. – 579 с.
4. Диденко Н. Г., Селиванов В. Н. Право и свобода // Правоведение. – 2001. – № 3. – С. 24–26.
5. Рикер П. Герменевтика, этика, политика: Московские лекции и интервью / П. Рикер. – М., 1995. – 235 с.
6. Копейчиков В. В. Загальна теорія держави і права. – К., 2000. – 320 с.
7. Гогин А. А. Теоретико-правовые вопросы налоговой ответственности. – Тольятти, 2003. – 340 с.
8. Матузов Н. И. Право как мера свободы и ответственности личности // Атриум. – 1999. – Вып. 1.
9. Хачатуров Р. Л., Ягутян Р. Г. Юридическая ответственность. – М., 1994. – 280 с.



МІСЦЕ ТА РОЛЬ СПОРУ СЕРЕД ЮРИДИЧНИХ ГАРАНТІЙ ЗАХИСТУ ПРАВ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ

Олена Погорєлова,

аспірантка Національного університету державної податкової служби України

Стаття присвячена правовому аналізу суті публічно-правового спору у сфері податкових правовідносин, застосування процесуально-правових норм і правових особливостей вирішення податкових спорів.

Ключові слова: публічно-правовий спір, податковий спір, адміністративно-правовий спір, юрисдикція адміністративних судів, управлінські функції, суб'єкт владних повноважень.

Вирішальне значення у виборі способу захисту прав платників податків має правильність визначення категорії спору та його підсудності. Незалежно від ступеня дослідження причин виникнення податкових спорів досить актуальним при реалізації прав платників податків на захист є питання віднесення податкових відносин до сфери публічно-правових відносин. Ця проблема виникла після створення адміністративних судів у зв'язку із труднощами, пов'язаними з розумінням поняття «публічно-правовий спір», а також обов'язкового його учасника – суб'єкта владних повноважень і здійснення ним владних управлінських функцій, що можуть бути оскаржені в порядку адміністративного судочинства.

Окремі аспекти правового регулювання податкових спорів досліджувались у працях А. Зеленцова, В. Сажинної, В. Кудрявцева, М. Гуревича, М. Клеандрова, Н. Сухаревої, О. Федорчука, Ф. Яхина та ін.

Метою цієї статті є аналіз понять «адміністративно-правовий спір», «податковий спір», «публічно-правовий спір» та встановлення категорій податкових спорів, що не відносяться до публічно-правових спорів, а також виявлення протиріч між нормами процесуального та матеріального права, розроблення пропозицій щодо їх усунення.

Податковий спір (конфлікт) як основа виникнення правовідносин із захисту прав платника податків є різновидом адміністративно-правового спору. У свою чергу, адміністративно-правовий спір – специфічний різновид юридичного та соціального конфлікту. У контексті адміністративно-правових норм вбачається, що публічно-правовий спір і податковий спір – це похідні від категорії адміністративно-правового спору. Таким чином, між адміністративно-правовим спором, публічно-правовим спором і по-

датковим спором існує діалектичний взаємозв'язок загального, особливого й одиничного.

Перш як досліджувати правову категорію «податковий спір» необхідно з'ясувати зміст більш загальних категорій, якими в даному випадку є юридичний спір (конфлікт) і адміністративно-правовий спір.

Термін «конфлікт» походить від латинського *conflictus*, що означає зіткнення, зіткнення сторін, думок, сил [1, с. 632]. Ряд учених вважає, що правовий спір в етимологічному плані – це розбіжність між учасниками правовідносин, а правопорушення тут є лише причиною, що породжує ці розбіжності [2, с. 24]. О. Федорчук [3] дійшов висновку, що податковий конфлікт у податкових правовідносинах є більш ширшим поняття ніж податковий спір. У податковому конфлікті обов'язкова наявність суб'єкта, наділеного державно-владними повноваженнями, оскільки «конфлікт виникає у зв'язку з управлінською діяльністю владного органу з приводу здійснення ним виконавчих і розпорядчих функцій» [4, с. 52–56], пов'язаних з нарахуванням та сплатою податків, зборів, неподаткових платежів.

Загальнотеоретична конструкція юридичних спорів (конфлікту) виявляється у процесі аналізу спорів адміністративно-правового характеру. Податковий спір є специфічним різновидом адміністративно-правового спору. Щоб більш точно розвести досліджувані дефініції, зазначимо, що як податковому спору, так і спору адміністративно-правового характеру властивий управлінський характер. Зокрема, через застосування такої ознаки суб'єкта владних повноважень, як здійснення ним управлінських функцій. Іншими словами, кожний податковий спір носить адміністративно-правовий характер, але не кожен адміністративно-правовий спір, як і публічно-правовий, є податковим спором. Розмежування цих категорій спорів законодавчо не встановлено, суди не однозначно вирішують

питання віднесення податкових спорів до категорії публічно-правових. Проблемність зазначеного питання висвітлена у постанові спільного засідання Президії Верховного Суду України та Президії Ради суддів України «Про стан здійснення судочинства адміністративними судами» від 03.04.2009 р. № 7, у якій зазначено, що склалася різна практика розгляду справ, які виникають із податкових відносин. Зокрема, одні суди вважають, що такий спір підлягає розгляду в порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства (далі – КАС) України, та вирішується по суті, а на розгляді вищих судових інстанцій такі судові рішення скасовуються у зв'язку з невідповідністю справ адміністративним судам.

Зважаючи на те, що в юридичній літературі питання про юридичну природу адміністративно-правових спорів на даний час залишається остаточно не вирішеним [4, с. 52], у загальному вигляді спори, що виникають між сторонами в сфері управління, які регулюються адміністративно-правовими нормами, можна віднести до адміністративно-правових. Проте, вивчаючи правову природу адміністративних спорів, пов'язаних із процедурою оскарження, В. Сажина дійшла висновку, що адміністративний спір може бути вирішений і в рамках цивільного процесу, оскільки цивільний позов і адміністративна скарга досить схожі за своїми ознаками, передусім у випадках, коли така скарга супроводжується вимогою відшкодування збитків. Ідеться про випадки, коли адміністративна скарга пов'язана з необхідністю скасування чи зміни оспорюваного адміністративного акта [5, с. 37–38]. Подібна правова позиція простежується в роз'ясненні Президії Вищого арбітражного суду України від 26.01.2000 р. № 02-5/35, згідно з яким позови про визнання недійсними актів податкових органів та їх подання є формою захисту цивільних прав (абзац 3 п. 9).

У науці адміністративного права є дві точки зору відносно визначення кола правових спорів у сфері публічного управління, які підвідомчі органам адміністративної юстиції. Відповідно до першої обов'язковим є встановлення переліку кола спорів, які можуть бути розглянуті у адміністративних судах. Прихильники другої точки зору виступають за введення загальної клаузули, тобто за можливість оскаржити до суду будь-який правовий акт, дію чи бездіяльність суб'єкта публічного управління, що порушує права громадян або організацій (за винятком тих, відносно яких це прямо заборонено законом) [6, с. 13].

Проблемність у реалізації судового способу захисту прав платників податків полягає не лише у законодавчому невизначенні категорії «публічно-правовий спір», а й у неузгодженості процесуальних норм під час їх реалізації. Зокрема, у ч. 2 ст. 4 КАС України зазначено, що

юрисдикція адміністративних судів поширюється на всі публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлено інший порядок судового вирішення [6, с. 37]. Разом із тим згідно з п. 1 ст. 3 КАС України справою адміністративної юрисдикції є публічно-правовий спір, основна вимога якого полягає у тому, що однією із сторін повинен бути орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції, де інший порядок судового вирішення не простежується.

Слід зазначити, що згідно із ч. 1 ст. 2 і п. 7 ст. 3 КАС України до кола обов'язкових учасників публічно-правових спорів віднесено саме «орган державної влади», а не орган виконавчої влади. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про державну податкову службу в Україні» (далі – Закон про ДПС) Державна податкова адміністрація є центральним органом виконавчої влади. Системний аналіз змісту зазначених норм дає підстави для висновку, що у розумінні ч. 1 ст. 2 і п. 7 ст. 3 КАС України до сфери адміністративного судочинства не підпадають спори про захист прав, свобод та інтересів платників податків від порушень із сторони податкових органів як органів виконавчої влади, які відповідно до положень цих статей не є суб'єктом владних повноважень. Тому доцільно у п. 1 ст. 3 КАС України слова «орган виконавчої влади» замінити словами «орган державної влади»; внесення таких правових змін відповідатиме визначенню суб'єкта владних повноважень (п. 7 ст. 3 КАС України) та надасть право бути стороною справ адміністративної юрисдикції не лише виконавчим органам, а й будь-якому державному органу. У свою чергу, такі зміни узгоджуються з правовою позицією Вищого адміністративного суду України, викладеною в оглядовому листі від 21.12.2007 р. № 1329/9/13-07: орган державної податкової служби є суб'єктом владних повноважень, який у спірних правовідносинах реалізує надані йому владні управлінські функції по веденню оперативного обліку податків і зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів і державних цільових фондів на підставі законодавства.

Практична необхідність офіційного тлумачення терміна «публічно-правовий спір» та встановлення правових підстав віднесення податкових спорів до сфери публічно-правових відносин зумовлюються виникненням проблем стосовно визначення суті спору, оскільки проблемність розмежування таких правових категорій постає не тільки перед платниками податків, податковими органами, а й перед судами, що значно затримує розгляд справ по суті. Так, має місце різна судова практика розгляду спорів, зокрема, за позовами податкових органів про стягнення реструктуризованої простроченої заборгованості за іноземними кредитами, залученими під

державні гарантії уряду. У постанові Верховного Суду України від 25.08.2009 р. у справі № 3-3061 к 09/39/17 зазначено, що «враховуючи загальні положення ЦК України про правочин та договір, майнові відносини сторін у даній справі не засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні, здійсненні управлінських чи контролюючих функцій однією стороною стосовно іншої сторони. Діючим законодавством визначено особливий порядок стягнення заборгованості по кредитах, залучених державою або під державні гарантії». У той самий час згідно з листом Вищого адміністративного суду від 31.07.2008 р. № 1331/100/13-08, відносини в процесі контролю за дотриманням податкового законодавства не належать до сфери господарської діяльності, а є відносинами, що виникають у сфері управління. На нашу думку, у змісті зазначеної позиції суду закладено механізм формування специфічних засад судочинства окремих категорій податкових спорів; це спори про стягнення заборгованості по кредитах, залучених державою або під державні гарантії, та спори про стягнення податкового боргу, що є предметом правового регулювання господарського процесуального законодавства. Тому такі спори не відносяться до категорії публічно-правових спорів. Детальніше дослідимо це питання на основі правового аналізу норм КАС України. Аналіз змісту терміна «справи адміністративної юрисдикції» (ст. 3 КАС України) свідчить про наявність такої ознаки суб'єкта владних повноважень, як здійснення ним владних «управлінських функцій», а на законодавчому рівні не надано офіційного тлумачення такого терміна. Відсутність офіційної інтерпретації терміна «управлінські функції» є перешкодою на шляху розмежування компетенції між податковим органом, адміністративними та господарськими судами. Слід зазначити, що в юридичній літературі не склалося єдиної думки щодо розуміння змісту правової природи компетенції органів держави.

Із змісту ч. 1 ст. 2, п. 7 ч. 1 ст. 3, п. 3 ч. 1 ст. 17 КАС України до суду можуть бути оскаржені лише дії суб'єкта владних повноважень, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, тобто управлінські функції повинні бути чітко визначені законом. Зазначене дає підстави для висновку, що управлінські функції – це державні функції, що визначаються нормами чинного законодавства для відповідного суб'єкта владних повноважень щодо реалізації поставлених завдань.

У зв'язку з реалізацією поставлених завдань у правових положеннях статей 8–10 Закону про ДПС визначені функції, що виконують органи державної податкової служби України. Зокрема, п. 6 ст. 10 Закону про ДПС передбачено, що державні податкові інспекції забезпечують застосування та своєчасне стягнення сум фінансових

санкцій, передбачених цим Законом та іншими законодавчими актами України за порушення податкового законодавства, а також стягнення адміністративних штрафів за порушення податкового законодавства, допущені посадовими особами підприємств, установ, організацій та громадянами. Проте з аналізу норм зазначених статей вбачається, що законодавцем не забезпечується реалізація такої функції, як примусове стягнення невнесених у строк податків, тобто податкового боргу. З огляду на це, доцільно доповнити норму п. 6 ст. 10 Закону про ДПС і викласти її у такій редакції: «забезпечують застосування та своєчасне стягнення сум фінансових санкцій, передбачених цим Законом та іншими законодавчими актами України за порушення податкового законодавства, та невнесених у строк податків, зборів і неоподаткованих платежів, включаючи погашення такої заборгованості за рахунок майна боржника, а також стягнення адміністративних штрафів за порушення податкового законодавства, допущені посадовими особами підприємств, установ, організацій та громадянами». Невстановлення в правових приписах такої функції дає підстави для відмови в прийнятті справи до провадження або відмови в задоволенні позовних вимог щодо стягнення з платника податку невнесених у строк податків, зборів і неоподаткованих платежів, оскільки податкові органи не реалізують «управлінські функції» в контексті ст. 17 КАС України. Внаслідок цього законодавець не надає правових підстав податковим органам для звернення до адміністративного суду щодо вирішення даного спору.

Згідно з підпунктом 3.1.1 п. 3.1 ст. 3 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» активи платника податків можуть бути примусово стягнені в рахунок погашення його податкового боргу виключно за рішенням суду. Оскільки ч. 4 ст. 17 Бюджетного кодексу України передбачено застосування єдиного механізму щодо стягнення заборгованості по податках, невнесених у строк, і по кредитах, залучених державою або під державні гарантії, та з урахуванням судової практики такі спори є господарськими. Отже, юридичний аналіз чинних правових норм дає підстави для висновку, що спори про стягнення податкового боргу не підпадають під категорію публічно-правових спорів.

Залишається спірним питання: чи відносяться податкові спори про припинення державної реєстрації до категорії «публічно-правових спорів» (враховуючи той факт, що такі правовідносини регулюються господарсько-правовими нормами). Дослідимо зазначену категорію спору на основі аналізу правових норм. В оглядовому листі від 21.12.2007 р. № 1329/9/13-07 Вищий адміністративний суд України висло-

вив таку позицію: «спір за позовом органів податкової інспекції до суб'єктів підприємницької діяльності про припинення юридичної особи з підстав ненадання податкових декларацій про фінансово-господарську діяльність відноситься до публічно-правових спорів». Проте, на нашу думку, така позиція суду не є обґрунтованою та не відповідає правовим нормам, що регулюють дану категорію спорів. Правові приписи ст. 239 Господарського кодексу України встановлюють, що скасування державної реєстрації та ліквідація суб'єкта господарювання є адміністративно-господарськими санкціями, які органи державної влади можуть застосовувати відповідно до своїх повноважень та у порядку, встановленому законом [7, с. 482]. У той час, як згідно із ст. 162 КАС України щодо таких адміністративних позовів повноважень суду не зазначено. Це дозволяє констатувати, що скористатися положеннями підпункту 2 ч. 2 ст. 162 КАС України у зв'язку із зобов'язанням відповідача, тобто суб'єкта господарської діяльності, вчинити певні дії щодо припинення своєї діяльності відповідно до ч. 3 ст. 105 КАС України неможливо. Крім того, згідно з правовими положеннями даної статті взагалі не передбачено право на адміністративний позов із вимогами про припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, тобто такі приписи ч. 3 ст. 105 та ст. 162 КАС України не відповідають положенням статей 22, 38, 46 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». Тому доцільно доповнити ч. 3 ст. 105 КАС України, щоб адміністративний позов серед встановлених вимог містив, зазначену вимогу у такій редакції: «виконання дій щодо припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця», а також ч. 2 ст. 162 КАС України, що у разі задоволення адміністративного позову серед можливих прийнятих постанов суду була така норма: «зобов'язан-

ня відповідача виконання дій, щодо припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця».

Висновки

Викладене дозволяє констатувати, що в основу класифікації способів захисту права покладена специфіка розгляду спорів і категорія такого спору. Для ефективного захисту прав платників податків необхідно конкретизувати повноваження судів у процесуальному законодавстві, а також межі встановлення засад судочинства щодо окремих категорій податкових спорів. Правовий порядок, за яким має здійснюватися вирішення податкових спорів, повинен містити офіційну інтерпретацію публічно-правового спору, оскільки невстановлення у законі визначення публічно-правового спору змінює межі повноважень адміністративних і господарських судів.

Література

1. Гуревич М. А. Право на иск. – М., 1949.
2. Клеандров М. И. Доарбитражный порядок защиты хозяйственных прав. – Душанбе, 1984. – 163 с.
3. Федорчук О. М. Правові основи захисту прав і законних інтересів платників податків в адміністративному порядку: дис. ... канд. юрид. наук. – Острог, 2003. – 213 с.
4. Сухарева Н. В. Сущность административно-правовых споров // Юрист. – 1999. – № 10. – С. 52–56.
5. Сажина В. В. Административная юстиция: к теории и истории вопроса // Советское государство и право. – 1989. – № 9. – С. 36–44.
6. Кодекс адміністративного судочинства України: Наук.-практ. коментар / За ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонові та ін. – Х., 2005. – 552 с.
7. Научно-практический коментар Господарського Кодексу України / Г. Л. Знаменський, В. В. Хухліл, В. С. Щербина та ін.; За ред. В. К. Мамутова. – К., 2004. – 688 с.

The article is devoted the legal analysis of essence of in public legal dispute in the field of legal relationships of taxes. The legal analysis of application of judicially legal norms is conducted and legal features are exposed in decided disputes of taxes.

Стаття посвящена правовому аналізу суті публічно-правового спору в сфері податкових правовідносин, застосування процесуально правових норм правових особливостей розв'язання податкових спорів.



ОСОБЛИВОСТІ БЮДЖЕТНОГО ФІНАНСУВАННЯ ОСВІТИ

Роман Якубовський,

*аспірант Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

У статті аналізуються проблеми вдосконалення законодавства у контексті бюджетного фінансування освіти.

Ключові слова: бюджетне фінансування, видатки, фінансування освіти.

В основі соціальної політики держави знаходиться людина, яка отримує соціальні послуги. Такі послуги реалізуються бюджетними установами, що виконують повноваження держави, гарантуючи надання суспільних благ. Важливе значення для соціальної сфери, у тому числі освіти, має *бюджетне фінансування*.

Матеріальні засоби, що надходять державним навчальним закладам освіти з відповідного бюджету створюють умови для нормального функціонування цих установ, спрямовані на забезпечення ефективного навчального процесу з метою передачі знань і виховання освічених громадян країни. Освіта при цьому виступає особливим товаром, який відіграє важливу роль у суспільстві, має встановлену державою цінність.

Проблемні аспекти бюджетного фінансування та видатків досліджували вітчизняні та зарубіжні вчені, зокрема Г. Балихін, Т. Боголіб, Л. Воронова, В. Дем'янишин, А. Монаєнко, В. Нагребельний, А. Нечай, В. Чернадчук, А. Цветков, С. Юрій та ін. Разом із тим суттєве оновлення фінансового законодавства, зокрема викладення Бюджетного кодексу України у новій редакції, свідчить про необхідність проведення аналізу бюджетного фінансування освіти. Крім того, потребує подальшого вдосконалення законодавство щодо фінансування освіти з відповідних бюджетів.

Метою цієї статті є дослідження особливостей бюджетного фінансування освіти у законодавстві України.

Більшість дослідників визначають пріоритет у фінансуванні освіти державою. Щодо провідної ролі бюджетного фінансування вони зазначають, що це «альфа і омега державної підтримки освіти. Основним це джерело залишатиметься завжди» [1, с. 144]. Разом із тим бюджетне фінансування потребує сталого фінансового забезпечення. Освіта безпосередньо пов'язана із соціально-еко-

номічним розвитком країни, а тому повинна мати значну фінансову підтримку держави.

У комплексі методів державного регулювання системи освіти бюджетне фінансування є найважливішим важелем впливу держави як на всю систему, так і на окрему освітню установу [2, с. 143]. Фінансові ресурси, які держава вкладає в освіту, повинні стати ключовими інвестиціями в майбутнє нашої країни. Проте освіта, яка значною мірою фінансується за бюджетні кошти, функціонує на одному рівні розвитку без її якісного вдосконалення протягом тривалого періоду часу, причиною чого ми вважаємо, насамперед, недостатнє фінансування.

Бюджетне фінансування можна визначити як виділення на безоплатній і безповоротній основі фінансових ресурсів підприємствам, установам та організаціям з державного або місцевого бюджету для реалізації передбачених державою чи органами місцевого самоврядування заходів. Стабільність бюджетного фінансування гарантує єдині підходи збереження та розвитку освітнього простору, забезпечення в державних і комунальних навчальних закладах безкоштовності дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти (на конкурсних засадах).

Бюджетне фінансування освіти здійснюється за допомогою видатків бюджету, тобто фінансових ресурсів, що акумульовані у певному бюджеті. Система розподілу *видатків на освіту* – багаторівнева, про що свідчить видача матеріальних ресурсів із різних рівнів бюджетної системи (державного бюджету та місцевих бюджетів) з деталізацією розподілу видатків між різними рівнями освіти та типами державних навчальних закладів. Освітні видатки місцевих бюджетів слід розділити на такі, що враховуються при визначенні міжбюджетних трансфертів, та такі, що не враховуються при визначенні міжбюджетних трансфертів.

Нова редакція Бюджетного кодексу України від 08.07.2010 р. закріпила для професійно-технічної, вищої та післядипломної

освіти положення про забезпечення видатками з державного бюджету для виконання *державного замовлення* у навчальних закладах державної власності.

Фінансово-правові засади формування, розміщення та виконання на контрактній основі замовлень держави на поставку (закупівлю) товарів, виконання робіт, надання послуг для задоволення пріоритетних державних потреб передбачені Законом України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.1995 р., відповідно до якого державне замовлення є засобом державного регулювання економіки шляхом формування на контрактній (договірній) основі складу й обсягів товарів, робіт і послуг, необхідних для забезпечення пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на її поставку (закупівлю) серед підприємств, організацій та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності.

Державне замовлення у сфері освіти здійснюється у формі укладення замовниками державного контракту на конкурсній основі з виконавцями на надання освітніх послуг за рахунок бюджетних коштів. У контракті визначається необхідна кількість спеціалістів, які потрібні державі та можуть здійснювати навчання за бюджетні кошти.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про Порядок формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням» від 29.02.1996 р. № 266 формування державного замовлення здійснюється за напрямками підготовки фахівців, науково-педагогічних і робітничих кадрів, а також підвищення кваліфікації, перепідготовки та підготовки кадрів у сфері післядипломної освіти. Замовники подають власні пропозиції для формування державного замовлення.

Наказом Міністерства економіки України «Про затвердження критеріїв формування державного замовлення на поставку продукції для державних потреб» від 03.10.2005 р. № 314 за пріоритетним напрямом «Підготовка фахівців, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації, перепідготовка та підготовка кадрів (післядипломна освіта)» передбачені такі критерії формування державного замовлення: вплив на підвищення освітнього потенціалу населення України; задоволення потреб усіх сфер суспільного життя фахівцями; вартість підготовки одного фахівця, аспіранта, докторанта та кваліфікованого робітника, підвищення кваліфікації та перепідготовка одного фахівця за бюджетні кошти.

Т. Боголіб пропонує вдосконалити систему державного замовлення на підготовку

спеціалістів для галузей економіки України: змінити затратний механізм виділення коштів із державного бюджету цільовим, провадити розрахунок ціни держзамовлення за спеціальностями, обсяг коштів під держзамовлення встановлювати виходячи з необхідної чисельності випускників за конкретною спеціальністю та ціни державного замовлення за даною спеціальністю, матеріальне становище органу управління вищої освіти поставити в залежність від стану реального працевлаштування випускників [3, с. 294]. Вважаємо, що державні замовники в особі органів державної влади повинні здійснювати формування державного замовлення зважаючи на фактичні потреби країни у фахівцях. Однак відсутній дієвий правовий механізм визначення кількості спеціалістів для задоволення потреб з урахуванням економічного потенціалу держави. Тому виникають проблеми з перенасиченням ринку фахівцями з окремих спеціальностей, багато випускників не може працевлаштуватись. Отже, державне замовлення потребує нових підходів щодо його формування.

Для якісного навчання майбутніх спеціалістів і раціонального використання бюджетних коштів підготовку кадрів необхідно формувати на основі нормативно закріпленого механізму державного замовлення відповідно до запитів галузей економіки та ринку праці країни. Такий правовий механізм можна закріпити в Порядку формування державного замовлення на підготовку фахівців, наукових і науково-педагогічних кадрів, кваліфікованих робітників, підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів (післядипломна освіта) та затвердити постановою Кабінету Міністрів України. Це відповідатиме, зокрема, ч. 2 ст. 2 Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», де зазначено, що порядок формування державного замовлення та пріоритетні державні потреби затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Нарівні з видатками на забезпечення формування державного замовлення з державного бюджету у новій редакції Бюджетного кодексу України закріплено видатки з бюджету Автономної Республіки Крим та обласних бюджетів на оплату послуг на умовах *регіонального замовлення* у навчальних закладах комунальної власності з підготовки фахівців, наукових і науково-педагогічних кадрів для вищої освіти, а також з підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів для післядипломної освіти.

Т. Боголіб пропонує на регіональний рівень фінансування перевести підготовку спеціалістів: *за напрямками*, що є важливими для формування та розвитку регіональної ін-

фраструктури; за спеціальностями та галузями, ціни на продукцію або рівень рентабельності яких регулюється на регіональному рівні; за спеціальностями та галузями, які забезпечують виконання бюджету регіону; на педагогічних факультетах педагогічних освітніх установ (окрім підготовки спеціалістів-дослідників) [4, с. 164]. Однак механізми функціонування та критерії формування регіонального замовлення законодавством не закріплені.

Таким чином, виконання замовлення на підготовку спеціалістів здійснюється за схемою, за якою фахівців для загальноосвітніх потреб фінансує державний бюджет, а для регіональних – місцевий.

У зв'язку з проблемами фінансування освіти на регіональному рівні, зокрема позашкільної освіти, у новій редакції Бюджетного кодексу України до видатків, що враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів та здійснюються з районних бюджетів і бюджетів міст республіканського Автономної Республіки Крим та обласного значення, включені видатки на позашкільну освіту (заходи районного значення з позашкільної роботи з дітьми), а до видатків, що здійснюються з бюджету Автономної Республіки Крим і обласних бюджетів, – на позашкільну освіту (заходи республіканського Автономної Республіки Крим та обласного значення з позашкільної роботи з дітьми). Іншими словами, у цих бюджетах закріплюються видатки виключно на заходи з позашкільної роботи з дітьми. Крім того, до видатків, що здійснюються з бюджетів сіл, їх об'єднань, селищ, міст районного значення та враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів, не віднесені видатки на позашкільну освіту.

Разом із тим у Законі України «Про позашкільну освіту» від 22.06.2000 р. зазначає, що фінансування державних і комунальних позашкільних навчальних закладів здійснюється за рахунок коштів відповідних бюджетів (ст. 26). Тому нововведення, запропоновані новою редакцією Бюджетного кодексу України не враховують у відповідних бюджетах видатки на позашкільні навчальні заклади, що не дозволить поліпшити стан їх фінансування.

Базовим нормативним актом в освітній сфері є Закон України «Про освіту» який закріплює, що фінансування державних навчальних закладів та установ, організацій, підприємств системи освіти здійснюється, зокрема, за рахунок коштів відповідних бюджетів, при цьому держава забезпечує бюджетні асигнування на освіту в розмірі, не меншому 10 % національного доходу (ст. 61).

Слід переглянути підходи щодо доцільності мінімального кількісного показника

бюджетних асигнувань на освіту. *По-перше*, не забезпечується практична реалізація даної правової норми. Ще жодного року норма щодо гарантованого мінімального рівня (10 % національного доходу становить близько 8 % валового внутрішнього продукту (далі – ВВП)) фінансування освіти не була виконана. Так, у 2004 р. видатки державного бюджету на освіту становили 5,3 % ВВП, у 2005 р. – 5,9 %, у 2006 р. – 6,4 %, у 2007 р. – 6,22 %, у 2008 р. – 6,07 %, у 2009 р. – 6,29 %. Цей обсяг бюджетного фінансування освіти затверджується законом про бюджет на відповідний рік. Разом із тим зазначимо, що вже на етапі планування видатків на освіту вони визначаються у кількості, яка недостатня для повноцінного виконання повноважень держави у цій сфері. Фінансуються у повному обсязі лише виплати зарплати працівникам і стипендій студентам, комунальні послуги й енергоносії, тобто захищені видатки бюджету. Для порівняння: у Росії, Великобританії на освіту витрачається близько 4 % ВВП; у Таджикистані – до 3 %; у Франції, Німеччині, США – близько 6 %; у Швеції – 7–8 % [5, с. 20]. Тому бюджетне фінансування освіти в Україні за показниками відповідає багатом розвинутим країнам світу, однак не відповідає рівню, задекларованому Законом України «Про освіту».

По-друге, фінансування освіти не може бути постійною величиною, що пов'язано з такими чинниками, як планування та розподіл щорічних бюджетних ресурсів у державному та місцевих бюджетах на цілі освіти. Так, ст. 95 Конституції України закріплено норму, яка вказує на те, що виключно законом про Державний бюджет України визначаються будь-які видатки держави на загальноосвітні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків. Тому виникає питання про ефективність права, яка, як зазначає С. Алексєєв нерозривно пов'язана з результативністю соціально-економічних і соціально-культурних заходів, втілених у правову форму. Тут кількісний вимір ефективності нерідко може отримати відображення в точних економічних та інших соціальних показниках (з подальшим виділенням того ефекту, який досягнуто за допомогою юридичних засобів регулювання) [6, с. 198]. Такий підхід до ефективності правової норми підтримують інші дослідники. Негативні наслідки для суспільства має як запізнiла фіксація у праві сформованих суспільних відносин, так і «забігання наперед», передчасна фіксація мовою юридичних норм неназрілих можливостей. Спроба примусового (за допомогою загальнообов'язковості права) їх запровадження, без урахування ступеня зрілості необхідних об'єктивних (передусім матеріальних)

умов так чи інакше призводить до швидкого згасання нововведень, до того, що такі надмір забігаючі наперед юридичні норми не витримують випробування життям [7, с. 14]. Тому при дії норми права ставиться питання про її ефективність, яка виявляється у конкретних, реально існуючих бюджетних правовідносинах. Такі правовідносини, на думку В. Чернадчука, є видом публічних відносин, що призначені забезпечувати бюджетне фінансування публічних потреб [8, с. 9].

Що стосується ст. 61 Закону України «Про освіту», то відбувається пряме невиконання норми права, яка закріплює кількісне співвідношення мінімальної межі фінансових ресурсів, що має забезпечувати держава на освіту. Тому з метою недопущення порушення вимог Закону України «Про освіту» необхідно виключити із ст. 61 положення щодо забезпеченості бюджетних асигнувань на освіту в розмірі не меншому 10 % національного доходу. Одночасно слід доповнити цю статтю нормою такого змісту: «*Видатки на освіту встановлюються щорічно у державному та місцевих бюджетах з урахуванням нормативів фінансування, що затверджуються Кабінетом Міністрів України*».

Нормативний підхід дозволяє об'єктивно визначити потреби у бюджетних ресурсах освіти, оптимально їх розподілити. *Нормативи фінансування* мають визначатись окремо для кожного навчального закладу у розрахунку на одну особу, що навчається. Крім того, нормативи повинні розраховуватись індивідуально, з урахуванням регіону розташування навчального закладу, його типу, форми власності, специфіки осіб, які навчаються (наприклад, особи з особливими потребами), терміну навчання, кількісних і якісних критеріїв педагогічного складу та матеріально-технічного забезпечення.

On the article was made an analysis and contributed recommendations of legislation perfection in the context of budget financing of education.

В статье анализируются проблемы совершенствования законодательства в контексте бюджетного финансирования образования.

Висновки

Бюджетні видатки мають важливе значення для освіти та реалізуються за допомогою бюджетного фінансування. Система розподілу видатків на освіту є багаторівневою, оскільки матеріальні ресурси надаються з різних рівнів бюджетної системи: державного та місцевих бюджетів. Державний бюджет покликаний забезпечити фінансування виконання замовлення на підготовку спеціалістів для загальноосвітніх потреб, а місцевий – для регіональних.

Законодавство України потребує вдосконалення задля ефективного залучення та використання бюджетних коштів на освіту, зокрема, ми вважаємо за необхідне внести зміни до ст. 61 Закону України «Про освіту».

Література

1. Андрущенко В. П. Роздуми про освіту: Статті, нариси, інтерв'ю. – К., 2004. – 738 с.
2. Бальхин Г. А. Управление развитием образования: организационно-экономический аспект. – М., 2003. – 428 с.
3. Боголіб Т. М. Фінансове забезпечення розвитку вищої освіти і науки в трансформаційний період. – К., 2006. – 324 с.
4. Боголіб Т. М. Регіоналізація вищої освіти в умовах розвитку економіки нового типу // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 8. – С. 161–165.
5. Проблеми та перспективи входження України в європейський інтелектуальний простір: освітні аспекти / За ред. Н. В. Грицяк. – К., 2009. – 128 с.
6. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1981. – Т. 1. – 360 с.
7. Законодавство: проблеми ефективності / В. Б. Авер'янов, В. Н. Денисов, В. Ф. Сіренко та ін. – К., 1995. – 232 с.
8. Чернадчук В. Д. Бюджетні правовідносини у Україні: теорія, практика та перспективи розвитку: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2010. – 35 с.



ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ ПРО СУДОВИЙ ЗАХИСТ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

Катерина Полетило,

*аспірантка кафедри цивільного права і процесу
Волинського національного університету ім. Лесі Українки*

У статті порівнюються можливості Європейської конвенції з прав людини та Конституції України для судового захисту інформаційних прав і свобод людини.

Ключові слова: інформаційні права та свободи, судовий захист, Європейська конвенція з прав людини.

Прийняття у 1948 р. Загальної декларації прав людини викликало нові погляди правників на права людини, почалося розроблення нового надійного механізму судового захисту прав людини. У 1950 р. світ побачила Європейська конвенція з прав людини (далі – Конвенція) [1], яка лягла в основу діяльності Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд, або – Суд, або – Страсбург).

Входження України в глобальний інформаційний простір, окрім доступу до загальноєвропейських цінностей, зумовило появу значного числа загроз правам і свободам людини у сфері інформатизації. Значний досвід у здійсненні судового захисту прав (у тому числі інформаційних) нагромадився у Страсбурзі. Законодавчими підставами, що забезпечують можливість використовувати Конвенцію у практиці вітчизняних судів, є:

- стаття 9 Конституції України, згідно з якою міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України, є частиною національного законодавства;

- Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів №№ 2, 4, 7 і 11 до Конвенції»; Конвенція стала частиною національного законодавства;

- Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»; практика Європейського суду стала джерелом права.

Дослідженню можливостей Конвенції у здійсненні судового захисту прав і свобод людини приділяли увагу В. Денисов, М. Козюбра, В. Кошеваров, В. Манукян, П. Мартиненко, Р. Петров, С. Шевчук та ін. Проте спеціальних досліджень, присвячених судовому захисту інформаційних прав і свобод людини в Європейському суді та досліджен-

ню можливостей застосування Конвенції у вітчизняних судах, мало; існують лише окремі, пов'язані з конкретними правами галузі інформації.

Мета цієї статті – порівняти можливості Конвенції та Конституції України у здійсненні судового захисту інформаційних прав, іншими словами: чому, незважаючи на широкий спектр гарантій інформаційним правам людини, які надає Основний Закон України, співвітчизники все ж вдаються до захисту згаданих прав у Страсбурзі?

Стверджувати, що Конвенція забезпечує захист інформаційних прав і свобод людини можна на основі вивчення практики Суду. У ряді справ, розглянутих Страсбургом, наголошується на тому, що до основних прав, порушених відносно людини, є інформаційне право.

Безпосередній зв'язок із інформаційним правом видно також із справ, в яких основне право не безпосередньо, а за логікою змісту пов'язане з інформацією.

Разом із тим окремі справи Суду, пов'язані з інформацією, в неясній формі. Крім того, є справи, в яких суд конкретизує галузь, в якій мають бути забезпечені інформаційні права.

Причина того, що Європейський суд розглядає справи, пов'язані з інформаційним правом, у тому, що Конвенція приймалася з метою забезпечення і подальшого здійснення прав людини й основних свобод [1, Преамбула], а свобода інформації є основним правом і критерієм усіх інших свобод [2].

Дослідження практики Європейського суду свідчить, що безпосередній зв'язок з інформаційним правом мають статті 8 «Право на повагу до приватного та сімейного жит-

тя» та 10 «Свобода вираження поглядів» Конвенції [1].

Частина 1 ст. 8 Конвенції стверджує: «Кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції». Ця стаття є надто узагальнюючою та розтлумачується в окремих справах Суду більш конкретно. Так, у справі Класс проти Німеччини зазначається, що хоча телефонні розмови безпосередньо не вказані в ч. 1 ст. 8, Суд вважає..., що такі розмови входять до понять «правове життя» і «кореспонденція», які містить ця стаття. Саме цим фактом можна пояснити те, що окремі справи, пов'язані з інформацією, розглядаються Судом в явній і неявній формах.

Порівняння наведеної ч. 1 ст. 8 Конвенції із Конституцією України свідчить, що перша, не-зважаючи на лаконічність та узагальненість формулювання, повністю включає в себе гарантії, задекларовані в Основному Законі України статтями 30 «Кожному гарантується недоторканність житла», 31 «Кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції», 32 «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя ... не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди...».

Обмежувальна ч. 2 ст. 8 Конвенції допускає втручання органів державної влади у здійснення цього права інакше, ніж згідно із законом, і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки або добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Згідно з названими українськими нормами допускається обмеження по-різному: у ст. 30 Конституції України – за рішенням суду, врятування людей, переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину чи за іншим, встановленим законом, порядком; у ст. 31 Конституції України – за рішенням суду у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочину; у ст. 32 – за законом і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Таким чином, якщо відбувається судовий розгляд справи за однією із статей (30, 31, 32), то обмежувальні їх частини докорінно відрізняються від обмежувальної ч. 2 ст. 8 Конвенції. Це одна з причин того, що Страсбург часто приймає протилежне національним судам рішення.

З іншого боку, якщо всі три статті розглядати в сукупності, подібно до ч. 1 ст. 8 Конвенції, то випадає критерій обмеження, пов'язаний з «необхідністю в демократично-

му суспільстві»: відсутність такого критерію найчастіше веде до свавілля в обмеженнях. Вважаємо це другою причиною скасування рішень національних судів в інформаційній сфері Європейським судом.

Частина 1 ст. 10 Конвенції стверджує: «Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств».

Свобода вираження поглядів наведеної статті відображена в абз. 1 ст. 34 Конституції України: «Кожному гарантується право на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань». Щодо інформаційної складової ст. 10 Конвенції (одержувати та передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів), то право на інформацію, гарантоване Конституцією України (ст. 34), дає змогу «вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір». У даному порівнянні спостерігається відмінність.

По-перше, в наведеній нормі Конвенції йдеться, крім інформації, ще й про ідеї. Ідеї можна розглядати як інформацію (тоді відмінність у нормах не суттєва) та як власність (тоді «включається» абзац України: 1 ст. 41 Конституції: «Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності»). В обох випадках різниця, пов'язана з наявністю ключового слова «ідеї», знаходить відображення в Основному Законі України. По-друге, свобода в одержанні та передачі інформації «без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів» є обмеження, яке за Конституцією України (ст. 34) визначається «законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або підтримання авторитету і неупередженості правосуддя» (одночасно охоплюється і більшість обмежень ч. 2 ст. 10 Конвенції).

Третє речення ч. 1 ст. 10 Конвенції не знаходить відображення в Конституції України. Щоб не склалося враження, що згадане ліцензування обмежує право на свободу висловлення своїх поглядів, Європейський суд

наголосив, що питання ліцензування має здійснюватись із дотриманням свободи поглядів, враховуючи обмеження ч. 2 ст. 10 Конвенції (справа Гроппе-ра радіо АГ та інші проти Швейцарії).

В обмежувальній ч. 2 ст. 10, як і у ч. 2 ст. 8 Конвенції є теж критерій обмеження, зумовлений «необхідністю в демократичному суспільстві». Згаданий критерій є надзвичайно важливим, адже саме на нього посиляється Європейський суд під час розгляду справ, що підпадають під статті 8 і 10 Конвенції. Крім того, доведення державою факту обмеження в межах згаданого критерію в Суді покладається на країну-відповідача (справа Месіна проти Італії). Хоча Конвенція не пропонує визначення цього критерію, «необхідність» у згаданому критерії рівнозначна з'ясуванню існування нагальної (гострої або конче потрібної) суспільної потреби у втручанні. Демократичне суспільство у згаданому обмеженні визначається дослідниками рішення Європейського суду по-різному. Так, В. Манукян [3, с. 236–237] виділяє толерантність, наявність плюралізму думок, верховенство права, відсутність свавільного втручання держави в права людини, збалансованість прав людини і суспільства. С. Шевчук [4, с. 472] вважає, що демократичне суспільство характеризується пропорційністю втручання держави та законної мети, а також такими факторами, що супроводжують державне обмеження, як розумність, належність, сумлінність, доречність і достатність.

На нашу думку, об'єднання всіх перелічених факторів і визначає демократичність суспільства. Таким чином, практично однакові гарантії Конвенції та Основного Закону України в інформаційній сфері не дають змогу національним судам завжди надійно забезпечити поновлення порушених прав. Вивчення матеріалів Європейського суду свідчить, що значне число справ, де визнаються порушення статей 8 і 10 Конвенції, стосується саме обмежувальних частин. Останнє призводить до того, що громадяни змушені звертатися до Європейського суду з прав людини. Складається парадоксальна ситуація: вітчизняні гарантії прав людини та Конвенції однакові, а громадяни звертаються до Страсбургу.

На нашу думку, причина парадоксальності полягає в тому, що:

- статті Конвенції носять узагальнюючий характер, адже спираються на законодавство країн – учасниць Європейського Союзу. Саме це дозволяє тлумачити норми Конвенції, виходячи із законодавства країн Європейського Союзу;

- конституції країн Європейського Союзу не є усталеними на віки, а можуть зміню-

ватися з часом. Так, зміни до Основного Закону Німеччини пояснюються можливістю прийняття Європейським Союзом засновницьких договорів [5, ст. 23], обов'язкових для його членів; Федеративна Республіка Німеччина, як і інші рівноправні члени цього Союзу, можуть ініціювати та делегувати свої законодавчі пропозиції з метою дотримання прав і свобод людини в усій Європі. Основний Закон Словаччини [6, ст. 26] містить норму, яка безпосередньо гарантує право на інформацію.

Є всі підстави стверджувати, що хоча Конвенція не змінюється, тлумачення її статей є досить динамічним. Зазначимо, що під правом у західній юриспруденції розуміють не лише писані норми позитивного законодавства, а й неписані норми та принципи, які визнаються судами та закріплюються судовою практикою [4, с. 232]. Про динамічність Конвенції свідчить тлумачення її норм Європейським судом шляхом розгляду конкретних справ. Це підтверджується роз'ясненням, яке дав Суд у справі Козі проти Об'єднаного Королівства, в якому зазначається, що діяльність Суду ґрунтується на тексті Конвенції та судової практики, а також відображає зміни в суспільних відносинах країн Європи.

Таким чином, для забезпечення надійного судового захисту прав і свобод людини, зокрема в галузі інформатизації, потрібне постійне дослідження як практики Європейського суду з прав людини, так і вивчення змін у законодавстві країн – учасниць Європейського Союзу. Суттєві орієнтири щодо напрямів діяльності Суду закладені в офіційних виступах керівництва Ради Європи. Так, 22 квітня 2010 р. генеральний секретар Ради Європи Турбйорн Ягланд в офіційній заяві, вітаючи ініціативу «Google» опублікувати дані про те, яка інформація з Інтернету має бути видалена чи піддана цензурі, заявив, що громадськість має право знати, що уряди країн вимагають видалити з мережі. Інформаційна прозорість необхідна для захисту свободи слова. Тому він наполегливо закликав уряди європейських країн відмовитися від цензури інтернет-контенту з причин, не вказаних у ст. 10 Європейської конвенції про права людини. Дії урядів мають відповідати законам демократичного суспільства. Інтернет для всіх є законним прагненням, що має поєднуватися з максимумом прав і послуг та мінімумом обмежень [7].

Іншими словами, інтернет-контент забезпечує свободу виражати погляди та підпадає повністю під дію ст. 10 Конвенції. Разом із тим у справі Класс проти Німеччини Суд уточнив, що незважаючи на існування в ст. 8 Конвенції гарантії на приватну кореспонденцію, сюди відноситься приватність листу-

вання, електронна пошта, телефонні розмови та інші види приватних комунікацій. Іншими словами, електронна пошта й інтернет-контент підпадають під захист різних статей (8 і 10) Конвенції.

Проілюструємо кількома прикладами динамічність Конвенції щодо захисту прав людини в інформаційній сфері та потребу у дослідженні практики Європейського суду:

- копіювання особистих листів (які направилися засудженому заявнику його адвокатами та правозахисниками) поштовими службами за наказом урядових органів (з метою виявлення майна заявника-банкрута) визнано Судом порушенням ст. 8 Конвенції у справі Фокслі проти Об'єднаного Королівства;

- справою Фрессоз і Руар проти Франції Суд показав, що кримінальне звинувачення журналістів, які викликали через пресу соціальний конфлікт, було законне, проте непропорційне та надмірне, оскільки відповідало суспільному інтересу;

- у вирокі по кримінальній справі було названо ім'я чоловіка, дружина якого вчинила злочин (справа Кархуара і Італьчті проти Фінляндії). Суд визнав цей факт втручанням в особисте життя, що є порушенням ст. 8 Конвенції, а покарання – неспіврозмірне для демократичного суспільства, передусім у випадку обнародування інформації про представника влади.

Викладене дозволяє стверджувати, що використання прецедентів Європейського суду для судового захисту інформаційних прав і свобод людини дає змогу:

- уникнути помилок, які ще трапляються в окремих судових рішеннях щодо захисту прав і свобод, у тому числі в інформаційній сфері. Прецедент – це юридична теорема, істинність якої по конкретному інформаційному праву у визначеній ситуації доведена Європейським судом на основі динамічного документа, що ґрунтується на найбільш досконалих законах країн Європи, тобто на основі Конвенції. Сумніви будь-якого учасника судового процесу в компетенції Суду не виникають;

- забезпечити судовий захист згаданих прав і свобод оперативністю розгляду, дійсно упродовж розумних термінів;

- зменшити кількість апеляцій, касацій і звернень до Страсбургу: кожен учасник судового процесу наперед бачить як Європейський суд вирішив конфлікт у аналогічній ситуації. Зростає число укладених мирових угод;

- звести до мінімуму об'єм матеріалів судової справи, поліпшити доступ до судової інформації;

- мінімізувати кількість випадків у необґрунтованій відмові громадянам у задоволенні позовів;

- інтенсифікувати впровадження європейських стандартів захисту прав людини в українське судочинство.

Для збільшення кількості судових розглядів, які для захисту інформаційних прав використовують Конвенцію, пропонуємо:

- до розділу II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» Конституції України внести пункт про пріоритетність міжнародних норм, ратифікованих Україною, над вітчизняними у питаннях захисту прав людини й основоположних свобод. Хоча Конвенція є частиною національного законодавства це не вказує на її пріоритетність. Крім того, Пленум Верховного Суду України в постанові «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р. № 9 зобов'язує суди при розгляді конкретних справ керуватися насамперед нормами Конституції України. Запереченням наведеній пропозиції частково може бути ч. 2 ст. 10 «Міжнародні договори» Цивільного кодексу (далі – ЦК) України: «Якщо в чинному міжнародному договорі України, укладеному у встановленому порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом цивільного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України». Погоджуючись із процитованою ч. 2 ст. 10, все ж вважаємо зроблену пропозицію такою, що забезпечить пріоритетність на більш високому (конституційному) рівні: інформаційні права та свободи, залежно від порушення, можуть підпадати під юрисдикцію Кримінального і Господарського кодексів України;

- забезпечити суди, бібліотечну та торгову мережу українським текстом Конвенції й опублікованих перекладів текстів рішень Європейського суду. Кошти, виділені на згадані законодавчі акти, окупляться тим, що менше помилок допускати будуть вітчизняні суди, менше стягнень буде з державного бюджету на користь заявників. Громадськість отримає широкий доступ до Конвенції та рішень Страсбургу;

- ввести в закладах освіти (в курси «Основи правознавства» та «Правознавство» неюридичних спеціальностей) вивчення особливостей захисту прав і свобод людини Європейським судом: виростає покоління, яке знатиме ази захисту прав і основних свобод людини на основі прецедентів (європейських стандартів);

- розробити банк рішень Європейського суду в мережі Інтернет з безкоштовним доступом користувачів; забезпечити для кожної справи Суду адресу доступу для оперативного пошуку;

- у системі підвищення кваліфікації суддів постійно розглядати практику Європейського суду.

Викладене дозволяє зробити **висновок:** обраний Україною вектор розвитку спрямований на вступ до Європейського Союзу, а це зобов'язує дотримання такого ж напрямку в удосконаленні судового захисту прав і свобод людини. Висловлені нами пропозиції сприятимуть цьому.

Література

1. Конвенція про захист прав людини та основних свобод з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу 11 з Протоколами 1, 4, 6, 7, 12 і 13. – Страсбург, 2003. – 35 с.
2. Резолюція 59(1) Генеральної Асамблеї ООН «Созыв международной конференции по вопросу о свободе информации» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.advocat.ru/news/38/843/.
3. Манукян В. И. Международная защита прав человека: право, прецеденты, комментарии. – К., 2010. – 480 с.
4. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини в контексті західної правової традиції. – К., 2007. – 848 с.
5. Конституція Німеччини. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe. Stand: Juli 2002. Herausgeber: Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn. Umschlag: Norbert Josef Riese. Satz: Medianhaus Fraitsheim AG, Bonn, Berlin. Druck: Chausen & Bosse, Leck, 2004. – 96 с.
6. Ústava České Republiky. Listina za'kladni'ch pra'v a svobod. Parlament, ministerstva, ombudsman. Antidiskriminační za'kon podle stavuk 11.09.2009. – Ostrava-Hrabůvka: sagit, 2009. – 201 s.
7. Заявление Генерального Секретаря Совета Европы Турбьерна Ягланда 22.04.2010 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.coe.ru/news/index.php?ELEMENT_ID=300.

The article deals with the comparison of the European convention on human's rights and Constitution of Ukraine for judicial defence of informative rights and liberties by a man.

В статье сравниваются возможности Европейской конвенции по правам человека и Конституции Украины для судебной защиты информационных прав и свобод человека.

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Академії правових наук України,
ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва Академії правових наук України
(протокол № 9 від 27.10.2010 р.)**