

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ
МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

НАУКОВИЙ ВІСНИК
МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія:
Юриспруденція

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Випуск 1

Одеса
2011

УДК 340 (082)
ББК 67Я43
Н-34

Серію засновано у 2010 р.
Засновник — Міжнародний гуманітарний університет

*Друкується за рішенням Вченої ради Міжнародного гуманітарного університету
протокол №6 від 04 березня 2011 р.*

Видавнича рада:

С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф., акад. АПН і НАПрН України — голова Ради;
М. П. Коваленко, д-р фіз.-мат. наук, проф. — заступник голови Ради; **А. Ф. Крижановський**, д-р юрид. наук, проф. — заступник голови Ради; **С. А. Андронаті**, акад. НАН України; **В. Д. Берназ**, д-р юрид. наук, проф.; **О. М. Головченко**, д-р екон. наук, проф.; **Д. А. Зайцев**, д-р техн. наук, проф.; **В. М. Запорожан**, акад. АМН України; **М. З. Згуровський**, акад. НАН України; **О. О. Костусєв**, д-р екон. наук, проф.; **В. А. Кухаренко**, д-р філол. наук, проф.; **О. М. Образцова**, канд. філол. наук, доц.; **Г. П. Пекліна**, д-р мед. наук, проф.; **О. В. Токарев**, засл. діяч мистецтв України; **В. О. Туляков**, д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний редактор серії — д-р юрид. наук, проф.,
Заслужений діяч науки і техніки **В. Д. Берназ**.

Заступник відповідального редактора серії — канд. юрид. наук, доц. **А. А. Березовський**

Редакційна колегія серії «Юриспруденція»:

А. Ф. Крижановський, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки; **Ю. О. Гурджі**, д-р юрид. наук, доц.; **Н. О. Саніахметова**, д-р юрид. наук, проф.; **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, доц.; **В. В. Дудченко**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист України; **В. М. Дрьомін**, д-р юрид. наук, проф.; **Т. С. Ківалова**, д-р юрид. наук, проф.; **Р. М. Мінченко**, д-р юрид. наук, проф., Заслужений юрист України; **В. О. Туляков**, член-кореспондент НАПрНУ, д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки; **О. І. Харитонова**, д-р юрид. наук, проф.; **Г. І. Чанишева**, д-р юрид. наук, проф.

*Повне або часткове передрукування матеріалів, виданих у журналі
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету», допускається лише з письмового дозволу редакції.
При передрукуванні матеріалів посилання на
«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету» обов'язкове.*

Свідоцтво про державну реєстрацію КВ № 16815-5490Р від 10.06.2010

Адреса редакції:

Міжнародний гуманітарний університет, офіс 202,
вул. Фонтанська дорога 33, м. Одеса, 65009, Україна,
тел. (048) 719-88-48, факс (048) 715-38-28, e-mail: mgu@ukr.net

© Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.

Серія: «Юриспруденція», 2011

© МГУ, 2011

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ ТА КОЛЕГИ!



Ми живемо в добу кардинальних змін у економіці та правовій системі суспільства: у державі з успіхом проводиться судова реформа; прийнято Податковий кодекс України; потребують змін Конституція України, пенсійне законодавство. Підготовлено до прийняття Кримінально-процесуальний кодекс України, на черзі підготовка та прийняття інших законів. Потребує вдосконалення діяльність посадових осіб усіх рангів у державі, організація медичного забезпечення громадян України. Є й інші важливі проблеми, які необхідно вирішувати нам. У дослідженні всіх цих та інших проблем нашої держави провідне місце належить науці й, зокрема, навчальним закладам, у яких зосереджена наукова еліта України.

Ви тримаєте в руках нове наукове видання наймолодшого вищого навчального закладу міста Одеси. Енергійність, швидкий розвиток, урахування новітніх тенденцій вищої освіти в поєднанні із серйозними науковими дослідженнями — все це формує власне лице університету в численній та достойній когорті вищих навчальних закладів нашої держави. Про це свідчить те, що університет отримав вищий, 4-й, рівень акредитації. 2009 року в університеті відкрито Медичний інститут та медичний коледж, а 2010 року створена спеціалізована вчена рада з правом прийняття до розгляду та проведення захистів дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за трьома спеціальностями, відкрита аспірантура. Зберігаючи класичні традиції, університет впроваджує нові освітні та наукові напрями і технології, йде «в ногу» з часом.

«Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету» — видання, яке з 2010 року випускатиметься за серіями: «Юриспруденція»; «Економіка і менеджмент»; «Історія. Філософія. Політологія»; «Філологія»; «Медицина. Фармація»; «Інформаційні технології та управління проектами». Вони відбивають основні напрями освітньої та наукової діяльності університету. У кожній із цих серій мають подати свої наукові розробки як професорсько-викладацький склад усіх кафедр університету, аспіранти та студенти, так і науково-педагогічні співробітники інших вищих навчальних закладів. Авторами збірника можуть бути як визнані фахівці, так і молоді, починаючі науковці. У матеріалах збірника розглядатимуться теоретичні та практичні проблеми розвитку суспільства України в багатьох аспектах: економічному, фінансовому, правотворчому, соціально-гуманітарному, правоохоронному, управлінському, філософському, технологічному, філологічному, медичному та інших. Ми продовжуємо традицію попереднього видання — публікації матеріалів англійською мовою. Незмінними вимогами редакційної колегії збірника залишились високий рівень професіоналізму його авторів, якість матеріалів, урахування новітніх тенденцій як вітчизняної, так і зарубіжної науки.

Сподіваюсь, що поява цього видання засвідчить вихід на ще вищий щабель у поступальному русі колективу Міжнародного гуманітарного університету. Бажаю його авторам творчих успіхів у подальшому науковому пошуку, а читачів запрошую до вивчення матеріалів та плідної полеміки на сторінках «Наукового вісника МГУ».

Із щирими побажаннями,
народний депутат України,
академік НАПрН України

С. В. Ківалов

*Крыжановский А.Ф.,
ректор Международного гуманитарного университета,
заведующий кафедрой теории и истории государства и права,
д.ю.н., профессор
Заслуженный деятель науки и техники Украины*

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ ТЕОРИИ СОВРЕМЕННОГО ПРАВОПОРЯДКА

Аннотация. Правовые отношения как один из важнейших правовых феноменов и категорий теоретической и прикладной юриспруденции исследуются в контексте их включенности в механизмы функционирования и обеспечения современного правового порядка. При этом обосновывается, что правовой порядок — это не сумма наличных правоотношений, а состояние упорядоченности и устойчивости правовой жизни общества.

Ключевые слова: правовая жизнь, правовой порядок, правовые отношения, правовые категории.

Необходимый уровень упорядоченности, безопасности и прогнозируемости человеческого существования неизменно выступает витальной предпосылкой цивилизованного бытия человека. И в определяющей мере он связывается именно с обществом и созданными им институтами — идеей права, государственной властью, правоохранительными органами, правосудием, а также с институтами гражданского общества, системой международных организаций и т. п. Правовое упорядочение общественного бытия является способом обеспечения цивилизованной жизнедеятельности, воплощающим в себе достижения человеческого сообщества в сфере творения и совершенствования нормативно-ценностной матрицы, которая так или иначе проецируется на официально провозглашаемые и обеспечиваемые властью нормативно-ценностные предписания.

Правовые отношения при этом выступают субстанцией, которая является «строительным материалом» правового порядка, одной стороны, а с другой — сами они воспроизводятся на основе уже достигнутого обществом уровня правового упорядочения своей жизнедеятельности, в конечном итоге характеризую уровень правовой самоорганизации социума. Общество — это, собственно, совокупность разнообразных связей и отношений между людьми, продукт их взаимодействия в самых разных сферах жизни — экономической, политической, правовой, моральной, религиозной, идеологической и др. Отношения между людьми имеют социальную природу, потому их называют общественными отношениями.

Целью статьи является исследование роли и места правовых отношений в теоретических конструкциях правового порядка с последующей экстраполяцией на механизмы его обеспечения в современных условиях. И хотя правовой порядок был и остается предметом исследований многих ученых правоведов (В.В. Борисов, В.В. Варчук, Н.В. Витрук, Н.Л. Гранат, А.Ф. Гранин, В.М. Казаков, В.В. Кайназаров, В.В. Лазарев, П.Е. Недбайло, П.М. Рабинович, Б.В. Саванели, И.С. Самощенко, М.С. Строгович, Т.М. Шамба, Л.С. Явич и др.), проблематика соотношения правового порядка и правовых отношений, роли и места последних в механизме правового упорядочения жизни общества осталась вне поля зрения ученых.

Для упорядочения общественных отношений социумом выработана система норм и средств их регулирования и координации, которые являются социальными нормами. Как особый регулятор общественных отношений, право имеет официальный характер, связано с государственной властью, с ее поддержкой и защитой. Оно распространяет свое действие на те общественные отношения, которые имеют общесоциальное значение и нуждаются именно в правовом воздействии. Правовые предписания указывают на полномочия, запреты и обязанности именно для того, чтобы пропитать отношения между людьми правовым значением, превратить их в правоотношения и, тем самым, укрепить взаимную уверенность, мир и порядок [6, с. 96]. Таким образом, проявляются грани, где соединяется и переходят друг в друга право, общественные отношения и порядок, приобретающие и развивающие свои социальные и правовые свойства.

Правовые отношения, как известно — это общественные отношения, которые урегулированы правом, а их участники связаны субъективными правами и юридическими обязанностями. Правовые отношения возникают на «пересечении» общественных отношений и права, приобретают правовой характер, но не теряют при этом своего первичного фактического содержания — экономического, политического, имущественного,

семейного и др. При этом само социальное происхождение и природа правовых отношений питают и усиливают упорядочение тех отношений, которые охватываются сферой правового регулирования. С другой стороны, правовые отношения представляют собой способ воплощения предписаний правовых норм в жизнь. Они совмещают индивидуальный, групповой, социальный и правовой аспекты общежития людей в разных сферах в обособленную сферу правового бытия.

Порядок в разных сферах жизни, его разные формы, занимают свои «ниши» в системе «благоустройства» жизнедеятельности общества. Они выработаны в процессе развития общества и призваны выполнять определенные функции и удовлетворять определенные потребности людей. Через общественные отношения (в т.ч. и урегулированные правом) витальные явления «транслируются» из «природы человека» в «социальную природу», приобретают свойства социального института. В.А. Бачинин определяет витальность человека как совокупность прирожденных качеств и способностей, которые обеспечивают его жизнь в природе. Рассматриваемый в витальном измерении, человек выступает как живое, телесное существо, как организм, который находится под властью природных законов, подчинен механизмам биологической детерминации. Как индивид, то есть как неделимая частица природы, человек не владеет свободой в социально-этическом понимании, а полностью зависит от требований естественной необходимости [2, с. 250]. Поэтому уровень упорядоченности социальной жизни самым непосредственным образом влияет на естественные процессы, которые протекают в организме и сознании человека. Это объясняется тем, что в содержание витальности входят такие естественные свойства человеческого организма, как телесность, генетика, инстинкты, чувства, безусловные рефлексы, сексуальность, половозрастные особенности, смертность, биоритмы, подсознание, прирожденные особенности психики и др. Все это, вместе взятое, составляет естественную, незнательную основу человеческого существования, связанную с землей, природой, космической жизнью. В витальном измерении человек выступает как неотъемлемая частица естественного мира [2, с. 253].

Вместе с тем, витальность человека в значительной мере опосредована общественной формой его существования, которая также оказывает влияние на генетику, инстинкты, рефлексы, особенности психики и др. Очевидно, что правопорядок и является также одним из средств трансляции социальности на человека, и наоборот, естественных свойств человека на состояние безопасности,

организованности и упорядоченности общественной жизни. В этом аспекте могут оказаться полезными исследования влияния национального менталитета на динамику правовой сферы, в том числе и правопорядка. Социальность выступает как совокупность приобретенных человеком качеств, которые обеспечивают ее способность существовать в обществе и выполнять разнообразные социальные функции, в составе разных социальных групп, объединений, корпораций, и при этом выступать не в качестве суверенного лица, а в роли представителя интересов данного сообщества. Человек здесь представляется себе и окружению неделимой частью социума, зависимой от него, подчиненной ему, детерминированной внешними социальными механизмами, и такие, которые представляют народ и государство, класс или партию, группу или коллектив [2, с. 253].

Правопорядок, как потребность и творение человека в ее общественном бытии, с одной стороны, является той сферой социальной активности человека, в которой в историко-социальной конкретности отражается состояние и качество коллективного правового человека. С другой стороны, правопорядок является одним из могучих факторов правовой социализации личности, накопления социального потенциала правового прогресса.

Правовые отношения в их реальном социальном существовании тесно связаны с правопорядком. Составляя определенную систему общественных отношений, которые осуществляются в соответствии с правовыми предписаниями, являясь упорядоченными правом, воспроизводясь в социально-правовой практике как устоявшийся порядок функционирования этих отношений, они приобретают новое качество фактического правового порядка, который отныне получает свойство самостоятельной нормативности (неофициальной, но достаточно легитимной, социальной нормативности) относительно новых общественных отношений в правовой сфере. Это свойство возникает у доминирующего слоя правовых отношений благодаря их действию на общественное сознание, поведение и практику, прежде всего, через солидарность сознательной части общества с устоявшимися формами правового поведения, а нередко благодаря привычному или конформистскому поведению субъектов права.

Правовые отношения возникают по поводу того или иного социального блага или обеспечения правовых интересов (объекты правовых отношений). Социальная значимость объекта правового отношения, его важность для его субъектов определяют систему правовых средств, которые задействуются для обеспечения упорядоченности

этих правовых отношений. Обеспечение надежного, устоявшегося и справедливого правопорядка в решающей мере зависит от правильного отбора правовых средств, которые, если они в наибольшей мере отвечают природе общественных отношений, положительно воспринимаются индивидами, социальными группами и обществом в целом.

Указанное свидетельствует, что правовые отношения «напрямую» влияют на сам процесс становления правового порядка, что дало мощный толчок доктринальной традиции в отечественной юриспруденции определять его именно через «генетическую» зависимость от правоотношений.

Категория «правопорядок» и как научная величина, и как практически значимая, является базовой и неотъемлемой составляющей системы правовых категорий, которые отражают существенные характеристики правовой жизни современного общества.

Любое правовое понятие или правовая категория так или иначе отражают результаты правового опыта, который сложился и существовал в течение определенного исторического времени в соответствующих социально-культурных и правовых условиях. Особого обсуждения эта проблема заслуживает ввиду того, что правовая действительность, а, следовательно, и система отражающих ее правовых категорий имеют не только национальный, локальный или региональный характер, но и, в значительной степени, глобальный, то есть является результатом общечеловеческого развития и опыта. Правовая категория — это не только «слепок» правовой действительности, но и превращающее понимание правовой реальности, поскольку сознание человека выступает важным фактором формирования этой реальности.

Самобытность категории «правопорядок» составляет то, что это базовое понятие, как и норма права, форма (источник) права, система права, правовые отношения, законность, относится к общим (то есть к тем, которые имеют наивысшую степень обобщения) в теории права [4, с. 17-18]. Правопорядок охватывает те сферы отношений между людьми, которые связаны с важнейшими ценностями для человека и общества в целом: жизнь, здоровье, свобода, собственность и др. Обеспечение упорядоченности отношений между людьми на основе правовых принципов составляет предпосылку безопасного бытия человека, удовлетворения ее важнейших человеческих потребностей. Для полноценной физической и духовной жизни человек нуждается в необходимых условиях для поддержки естественных функций организма, развития личности. В условиях общества бытие людей подвергается многим

опасностям — и не только природным (холод, ливни, бури, голод, старость, болезни), но и социальным (преступность, бедность, безработица). Состояние правопорядка выступает определенным фоном, своеобразным правовым климатом, в условиях которого протекают жизни отдельных людей и всего общества. Отсутствие правопорядка, действие хаоса и беспорядков в течение длительного времени деформирует жизнь людей. Например, в период войн, межнациональных конфликтов страдает устоявшийся порядок жизнедеятельности людей, резко снижается достигнутое обществом качество жизни, разрушается духовная сфера жизнедеятельности (когда говорят пушки, музы молчат). Негативные результаты отражаются на сознании нескольких поколений людей, а их преодоление, возвращение к нормальным цивилизованным отношениям занимает многие десятилетия.

Вместе с тем, правопорядок — завершающий этап всех правовых процессов и процедур. Он «впитывает» в себя все то, что выходит из самих разнообразных правовых явлений, выступающих в качестве интегративных величин. При такой трансформации они теряют свое качество, передавая правопорядку многие из своих признаков, взаимодействующая совокупность которых формирует его (правопорядка) новое качество. Указанное обстоятельство служит наглядным примером проявления перехода количественных характеристик правовых явлений в качественные, что обуславливает сложный системный характер правопорядка. Таким образом, правовой порядок — это правовой результат, в котором нуждается общество и действующая в его интересах государственная власть, которая использует для его обеспечения самые разнообразные приемы и средства. Но больше всего заинтересовано в правопорядке именно общество, для которого общественный порядок, и его важная составляющая — упорядоченность правовой сферы, является наиболее благоприятным условием развития социального потенциала. Это и составляет общественный эффект, в котором объективные потребности упорядоченности общественной жизни переплетаются с субъективной деятельностью людей по установлению и поддержанию необходимого правопорядка [4, с. 17-18].

Будучи категорией общего уровня, правопорядок одновременно отнесен в науке к двум наиболее значимым типологическим уровням теории права — структурному и функциональному. Сочетание в рамках одного понятия более чем двух аспектов анализа одной системы или подсистемы общества — явление редкое, которое свидетельствует в ряде случаев о том, что это

понятие является не только социальным, но и социетальным. То есть таким, которое отражает не просто обособленную группу явлений и процессов, а выражает в своем содержании то, что касается социума в целом, независимо от его конкретных форм и состояний. К социетальным (по Т. Парсонсу) процессам и явлениям относится все то, что обеспечивает и способствует интеграции социума как целого, от чего зависят основы жизнедеятельности и даже самого существования общества. Многофункциональность конкретного феномена является одним из проявлений того, что он является социетальным, то есть обеспечивает жизнедеятельность общества как целого [13, с. 23]. Нетрудно заметить, что социетальность правового порядка тесным образом связана с правовыми отношениями, в которых, собственно, и концентрируется институциональность правовых связей между субъектами права и обеспечивается удовлетворение общественных потребностей в правовых коммуникациях.

Еще одним важным аспектом теории правового порядка следует признать «присутствие» правовых отношений в его дефинициях. Представленные в научной и учебной литературе многочисленные и разнообразные определения правового порядка открывают в этой категории такие свойства и стороны, которые обнаруживают многоаспектность правового порядка и его связей с едва ли не всеми социально-правовыми явлениями. При этом правоотношения в том или ином аспекте отражаются многими авторами как неприменимый компонент или фактор правового упорядочения общественной жизни. Для понимания правового порядка в современной трактовке, — считает Н.Н. Онищенко, — важно то, что он, как целостное явление связан с совокупностью урегулированных правом общественных отношений во всех сферах жизнедеятельности людей. Свое воплощение он получает, во-первых, на уровне системы права, во-вторых, в определенных отраслях права, которые регулируют однородные отношения, в-третьих, конкретной правовой отрасли, которая принимает участие в регуляции однопорядковых общественных отношений [11, с. 143]. П. М. Рабинович определяет правовой порядок как режим (состояние) упорядоченности, организованности общественных отношений, который складывается в условиях законности [15, с. 130]. О. Ф. Скакун понимает правовой порядок как состояние (режим) правовой упорядоченности (урегулированности и согласованности) системы общественных отношений, которая складывается в условиях реализации законности, то есть это атмосфера нормальной правовой жизни, которая устанавливается в результате точного и полного осуществления

предписаний правовых норм (использование прав, исполнение обязанностей, соблюдение запретов) всеми субъектами права [16, с. 669]. Такой подход разделяет подавляющее большинство авторов имеющих в Украине научных публикаций по проблематике правового порядка (пока не очень многочисленных), и учебной литературе [5, с. 392; 7, с. 436; 8, с. 373; 9, с. 374; 12, с. 97; 17, с. 420; 18, с. 103; 19, с.77].

Поддерживая акцентуированную авторами таких дефиниций значимость правовых отношений для формирования и функционирования правового порядка, вместе с тем, нельзя не видеть и того обстоятельства, что нередко такая позиция означает отождествление правового порядка с «системой правоотношений». Такой подход лишает правовой порядок собственного «субстанционального тела»: система правовых отношений не может быть одновременно «самой собой», и «чем-либо другим». Это, в конечном итоге, может означать отрицание правового порядка как самостоятельного, самодостаточного правового феномена, растворяющегося в иных правовых явлениях (правовых отношениях, правомерном поведении и др.), что принципиально не соотносится с устоявшимися в отечественном правоведении позициями. Не может ускользнуть и то, что видение правового порядка в украинской юридической литературе (частично в научной, а по большей части в учебной) может быть охарактеризовано как такое, которое хранит черты доминирующего нормативного (позитивистского) подхода к интерпретации этого явления, которое было свойственно идеологизированной его концепции в советской юриспруденции. Наиболее очевидным признаком такого подхода является признание правового порядка результатом (следствием) законности. Такое истолкование правового порядка с позиций современного правопонимания не только этицизирует этот общесоциальный правовой феномен, но и низводит его до уровня следствия (результата) отдельного правового принципа, и, следовательно, упрощает саму проблематику формирования и обеспечения правового порядка в обществе. Как справедливо отмечает В. М. Артемов, в такого рода положениях содержится далеко не безобидный в методологическом отношении подтекст. Он выражен не только в этицистской направленности понимания правового порядка, но и в том, что сами правовые процессы истолковываются конструктивистски, то есть представляется возможным волевым образом навязать социуму ту или иную нормативную модель [1, с. 17]. Поэтому преодоление таких позиций в доктринальном, профессиональном, компетентном и обыденном правосознании должно составлять одну из важнейших задач современного правоведения.

Очевидно, обращение ученых-правоведов к обозначенной здесь проблематике выявит и другие аспекты соотношения правопорядка с основными категориями теоретической и прикладной юриспруденции, что будет способствовать глубокому освоению данного феномена.

Литература:

1. Артёмов В.М. *Правопорядок в современном российском обществе: социально-философский анализ* : автореф. дисс... докт. филос наук. — Москва, 1999. — 48 с.
2. Бачинин В.А. *Философия права и преступления*. — Харьков: Фолио, 1999. — 607 с.
3. Борисов В.В. *Правовой порядок развитого социализма*. — Изд-во Саратовского университета, 1977.
4. Васильев А.М. *Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права*. — М., 1976.
5. *Загальна теорія держави і права* / За ред. проф. М.В. Цвіка, доц. В.Д. Ткаченка, проф. О.В. Петришина. — Харків: Право, 2002. — 432 с.
6. Ильин И.А. *Общее учение о праве и государстве* // Ильин И.А. *Собрание сочинений: В 10 т. Т. 4* / Сост. и коммент. Ю.Т. Лисицы. — М.: Русская книга, 1994.
7. Кельман М.С., Мурашин О.Г. *Загальна теорія держави і права: Підручник*. — К.: Кондор, 2006. — 477 с.
8. Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. *Теорія держави і права: Елементарний курс*. — Харків, 2007. — 432с.
9. Луць Л.А. *Загальна теорія держави і права: Навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою)*. — К.: Атіка, 2007. — 412 с.
10. Оборотов Ю.Н. *Теория государства и права (прагматический курс): Экзаменационный справочник*. — Оdesa: Юридична література, 2004. — 184 с.
11. Оніщенко Н.М. *Сприйняття права в умовах демократичного розвитку: Проблеми, реалії, перспективи: Монографія*. — К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. — 320 с.
12. Панаріна Н.В. *Право як нормативна основа формування правопорядку: Дисерт. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук* // Націон. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. — Харків, 2008. — 202 с.
13. Парсонс Т. *Система современных обществ*. — М., 1998. — 270 с.
14. *Проблемы методологии и методики правоведения*. — М.: «Мысль», 1974.
15. Рабінович П.М. *Основы загальної теорії права та держави. Навч. посібник*. — Вид. 5-те. — К.: Атіка, 2001. — 176 с.
16. Скакун О.Ф. *Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник*. — Харків: Еспада, 2006. — 776 с.
17. Сухонос В.В. *Теорія держави і права: Навчальний посібник*. — Суми: ВТД «Університетська книга», 2005. — 536 с.
18. Ушаков О.М. *Проблемні питання дослідження правового порядку* // *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: Тези Міжнародної науково-практичної конференції*. — О.: Фенікс, 2008. — С. 102–104.
19. Чукаева В.А. *Правопорядок: основные концепции, понятия и типологии в теории права* // *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: Тези Міжнар. науково-практ. конф.* — О.: Фенікс, 2008. — С. 77–79.

Крижановський А.Ф. Правові відносини в контексті теорії сучасного правопорядку

Анотація. Правові відносини як один із найважливіших правових феноменів та категорій теоретичної і прикладної юриспруденції досліджуються у контексті їхньої залученості до механізмів функціонування та забезпечення сучасного правового порядку. При цьому обґрунтовується, що правовий порядок не є сумою наявних правовідносин, а станом впорядкованості та усталеності правового життя суспільства.

Ключові слова: правове життя, правовий порядок, правові відносини, правові категорії.

Krizhanovsky A. The legal relations in the context by the theory of the modern legal order

Summary. The legal relations as one of the most important law phenomena and categories of theoretical and applied law are investigated in the context of their involvement in the mechanisms of the functioning and security of the modern legal order. The argument that the legal order is not the amount of cash relations and the status of the order and stability of the legal life of the society.

Key words: legal life, the legal order, legal relations, legal category.

*Манько Д.Г.,
к. ю. н., доцент
кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ В АСПЕКТІ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Анотація. Дана стаття присвячена висвітленню специфіки ролі і місця легалізації у правозастосовній діяльності. Обґрунтовується тотожність цілей цих явищ, та алгоритму їх впровадження. Підкреслюється необхідність сепарації правозастосування на приватно та публічно правове. Аналізуються поняття процесуальної форми та правової процедури.

Ключові слова: легалізація, правозастосування, приватноправове правозастосування, публічно-правове правозастосування, процесуальна форма, правова процедура.

Постановка проблеми. Дослідження механізмів втілення в життя правових приписів, вбачається одним з найактуальніших завдань, що стоять перед сучасною теорією права. У зв'язку з цим, у даній статті була проаналізована легалізація у аспекті одного із підвидів здійснення права — правозастосування.

Праворозуміння сьогодення засновано на інтегративному підході щодо аналізу правових явищ [1, 5]. Такий підхід зумовлює необхідність критичного аналізу ключових категорій теорії права, особливе місце, поряд з якими, займає правозастосування.

Аналіз останніх досліджень. Вивченню сутності правозастосовної діяльності присвячено багато досліджень як у вітчизняній, так і зарубіжній літературі. Але, треба зазначити, що більшість таких досліджень оперують традиційним, вузьким підходом, щодо розуміння застосування права, ототожнюючи його лише із державно-владною діяльністю. Серед прихильників можна виділити Ф.А. Григор'єва, А.Д. Черкасова, М.В. Кравчука, Н.І. Матузова [2, 237; 3, 103].

Виклад основних положень. Дослідження у цієї статті, спираються на широке тлумачення поняття правозастосування, згідно із яким до правозастосовної має відноситися як приватноправова, так і публічно-правова діяльність уповноваженого суб'єкта, що пов'язана із розв'язанням юридичної справи, та проявляється у опосередкованому втіленні у життя правових приписів [4, 62; 5, 213].

Як правозастосування, так і легалізація протікають в рамках трьох основних стадій: установлення фактичної основи, установлення юридичної

основи, прийняття рішення по справі. Також, тожні мети зазначених процедур, а саме: здійснення правових розпоряджень [6, 183].

Для здійснення як правозастосовальної, так і легалізаційної діяльності необхідним є наявність певного уповноваженого суб'єкту.

Моделі та порядок втілення у життя процедур легалізації і правозастосування встановленні чинним законодавством, а результати цих процедур орієнтовані, в залежності від характеру, чи на досягнення реалізації інтересів зацікавлених осіб, чи в інтересах суспільства і держави в цілому.

Слід зазначити, що провадження, в рамках правозастосовної діяльності, можуть належати як до судочинства, так і до правових процедур. Даний аспект зазначає універсальний чи міжвидовий характер правозастосування [7, 43].

Форма легалізації виявляється в рамках певної процедури, що має нормативно визначений характер, має якість системності: складається з взаємопогоджуваних, упорядкованих інститутів, стадій.

Зміст досліджуваного поняття становить собою сукупність цілей, завдань, предмета і методу правового регулювання, реалізація яких відбувається в межах конкретної правової процедури.

Причому, слід зазначити, що процедура легалізації здійснюється лише: суб'єктом, який має особливі повноваження; для розв'язання певної юридичної справи; лише у відповідності із встановленими правом вимогами.

Отже, за структурою і зовнішніми характеристиками, тобто за формою відображення, можливо визначити, що легалізаційна процедура виступає як частина процедурно-правового механізму (легалізація = правова процедура), а стосовно реалізації правових розпоряджень і свого змісту є відособленим підвидом застосування права, що дозволяє зацікавленим особам здійснювати свої потреби й інтереси у сфері визнання й узаконення певних суб'єктів, об'єктів, дій.

По своїй суті легалізація є матеріальною правовою процедурою, бо для неї як основне виступає матеріальне регулятивне правовідношення.

Більш того, легалізація є процедурою позитивного застосування права, бо в ній є суб'єкт, зацікавлена особа, об'єкт і специфічна діяльність

уповноваженого суб'єкта, виражена у визнанні, або дозволі, або узаконенні певних суб'єктів, об'єктів, дій.

Використовуючи як критерій ознаку поділу права на окремі частини (галузь, підгалузь), можливо класифікувати легалізацію як міжгалузеву правову процедуру. Власне легалізація подана в галузях цивільного, кримінального, адміністративного і конституційного права.

Фактично виділяються такі види легалізації: а) дозвіл на заняття певною діяльністю; б) узаконення коштів; в) надання юридичної сили документам, визнання дійсності печаток, штампів і підписів, якими скріплені документи; г) визнання державної влади.

За своєю метою легалізаційна процедура належить до правових процедур, що застосовуються для втілення суб'єктивних прав.

З огляду на специфічний характер встановлення і здійснення, легалізаційна процедура виявляється як у приватноправовій, так і в публічно-правовій сферах. Треба зауважити, що дослідження у цієї статті, побудовані у відповідності до широкого тлумачення правозастосування, згідно з яким виділяється: приватно та публічно правове правозастосування.

Характер співвідношення легалізації та правозастосування, більш повно розкривається, при аналізі співвідношення легалізації і процесуальної форми. Бо саме процесуальна форма є найбільш узагальненою характеристикою процедурно-процесуального механізму у праві.

Це обґрунтовано тим, що дана категорія виконує функцію наукового узагальнення, яка поєднує сукупність однорідних процедурних вимог до дій учасників процесу, спрямованих на досягнення певного результату [8, 70].

Вихідним, визначальним елементом у складі процесуальної форми є процесуальні провадження.

Під процесуальними провадженнями заведено розуміти — головний елемент процедурно-правового механізму, що становить собою системне утворення, комплекс взаємозалежних і взаємообумовлених процесуальних дій, що:

а) утворюють певну сукупність процесуальних правовідносин, які відрізняються предметною характеристикою і зв'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами;

б) викликають потреби встановлення доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи;

в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих результатів у відповідних актах-документах.

Розглядаючи легалізацію крізь спектр наведених положень, уявляється можливим знайти

наявність сукупності певних дій, а саме: узаконення коштів; визнання державної влади; підтвердження дійсності, законності документів, печаток, штампів, повноважень осіб, що підписали документ; дозвіл на заняття певним видом діяльності.

По своїй суті зазначені дії відповідають вимогам і формі процесуальних проваджень, а саме вони:

а) формують специфічну сукупність правовідносин, що відрізняються предметною характеристикою і зв'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами (наприклад: відносини, зв'язані з державною реєстрацією суб'єктів підприємницької діяльності, — сукупність процесуальних дій (установлення фактичних обставин справи; установлення юридичних обставин справи; винесення рішення), що здійснюються опосередкованим суб'єктом легалізації (державним органом); і всі ці дії зв'язані з реалізацією зацікавленою особою її права (матеріального) на здійснення підприємницької діяльності);

б) викликають потреби встановлення доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи (наприклад: дії, що здійснює суб'єкт легалізації на стадії встановлення фактичних обставин справи, полягають у зборі й аналізі доказів, необхідних для подальшого провадження у справі);

в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих результатів у відповідних актах-документах (наприклад: рішення, що виносить суб'єкт легалізації (у разі з прикладом про державну реєстрацію СПД), — свідоцтво про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності).

Наступним елементом процесуальної форми є процесуальна стадія, яку слід розуміти як динамічну, відносно замкнуту сукупність закріплених чинним законодавством способів, методів, форм, що відображають чи визначають суворе і неухильне здійснення процедурно-процесуальних вимог, які відображають просторово-часові аспекти процесуальної діяльності й забезпечують логіко-функціональну послідовність здійснення конкретних дій, спрямованих на досягнення кінцевого, матеріально обумовленого правового процесуального результату [9, 36].

Розглядаючи легалізаційну діяльність, можливо дійти висновку, що остання логічно послідовно розвивається до певного результату крізь певний взаємозв'язок установлених стадій (операцій), а саме:

а) установлення фактичної основи справи;

б) установлення юридичної основи справи;

в) прийняття рішення по справі.

Відповідно легалізація, якщо розглядати її з позицій процедурно-правового механізму, має певні взаємозалежні стадії.

Заключним елементом процесуальної форми виступає категорія процесуального режиму.

За своїм змістом процесуальний режим складається з таких компонентів: принципи юридичного процесу, засоби і способи реалізації принципів юридичного процесу, процесуальні гарантії. Необхідно відзначити, що категорія процесуального режиму становить собою деяку «атмосферу», ступінь напруженості юридичних процесів [10, 113].

У свою чергу, легалізація здійснюється на таких принципових основах: здійснення діяльності провадить уповноважений суб'єкт легалізації; легалізаційна діяльність здійснюється відповідно до принципів всебічності, повноти й об'єктивності, рівності, принципу простоти й економічності, гласності; безперервності легалізаційної діяльності; охорони і реалізації інтересів держави й індивіда; поєднання суспільних і соціальних, публічно-правових і приватноправових сфер у легалізаційній діяльності; реалізації законних інтересів учасників легалізації; регламентованості процедури легалізації; поєднання міжнародних і внутрішньодержавних інтересів; поєднання публічно-правової і приватноправової сфер діяльності.

Загальні способи здійснення принципів, передбачають обов'язкове і систематичне опублікування результатів діяльності; вільне, публічне й особисте ознайомлення як з результатами, так і із самою процедурою; обнародування; оповіщення; повідомлення; ознайомлення [11, 76].

До процесуальних гарантій здійснення легалізації належать:

процедурно-процесуальна регламентація порядку легалізаційної діяльності;

установлення юридичної відповідальності за неналежне здійснення легалізаційної діяльності;

здійснення контрольних функцій спеціально уповноваженими суб'єктами;

чітко встановлений статус учасників легалізаційної діяльності;

матеріально-технічна забезпеченість усіх правових форм діяльності учасників легалізаційної діяльності.

Легалізаційна діяльність, її принципи, способи і засоби здійснення, а також гарантії їх реалізації по своїй суті відповідають духу процесуальної форми і процедурно-правового механізму.

Проведений аналіз сутності і специфічних особливостей легалізації, дозволяє стверджувати:

по-перше, легалізація є правовою процедурою, а відповідно, з урахуванням підходу максимального узагальнення, входить у структуру процедурно-правового механізму;

по-друге, легалізація є особливим підвидом правозастосовної діяльності.

Висновки. Таким чином, цілком закономірно в запропонованій інтерпретації визнати легалізаційну процедуру як деяку систему. Це обґрунтовується тим фактом, що їй відповідає вичерпна (повна) сукупність системних параметрів: субстрат (суб'єкти й об'єкти), властивості й відносини (у т. ч. і відносини проходження юридичних дій). Відповідно реалізуються дві найважливіші системні вимоги до правової процедури: повнота (необхідних елементів і властивостей процедури) і несуперечність (їх відносин).

Легалізація, будучи правовою процедурою, визначає склад і послідовність юридичних дій у правозастосовній юридичній практиці, та зв'язана із задоволенням певних потреб індивіда, суспільства і держави.

З огляду на зростаючу роль процедурно-процесуальних норм, що визначають технологію реалізації юридичних розпоряджень, необхідно подальше поглиблене вивчення процедури легалізації.

Література:

1. Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 3-13.
2. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1997. — 776 с.
3. Кравчук М.В. Теория держави і права. Проблеми теорії держави і права. Навчальний посібник. — 3-те видання. — Тернопіль: Карт Бланк, 2002. — 247с.
4. Манько Д.Г., Гловюк Д.Г. Правоприменение в механизме действия права // Юрид. вестник. — 2005. — № 3. — С. 62.
5. Господарське право: підручник / О.П. Подцерковний, О.О. Квасніцька, А.В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О.П. Подцерковного. — Х.: Одиссей, 2010. — 610 с.
6. Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. — М.: Юристъ, 2001. — 429 с.
7. Яковенко О.В. Правовая процедура: дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1999. — С. 43-44.
8. Шакарян М.С., Сергун А.К. К вопросу о теории так называемой «юридической процессуальной формы» // Проблемы соотношения материального и процессуального права. — М., 1980. — С. 70.
9. Шахов И.Б. Методологические основы теории юридического процесса // Проблемы законности. — Х., 1995. — Вып. 30. — С. 36.
10. Алексеев С.С. Теория права. — М.: Издательство Бек, 1995. — 320 с.
11. Чиркин В.Е. Система государственного и муниципального управления: учебник. — 4-е изд., пересмотр. — М.: Норма, 2009.

Манько Д. Г. Легализация в аспекте правоприменения

Аннотация. В статье проведено исследование соотношения между легализацией и процессом применения права. Особое внимание уделено современному подходу к «широкому» толкованию понятия правоприменение. Проанализированы такие категории как процессуальная форма и правовые процедуры.

Ключевые слова: легализация, правоприменение, частноправовое правоприменение, публично-правовое правоприменение, процессуальная форма, правовая процедура.

Manko D. G. Legalization in essence of law-enforcement

Summary. The article is devoted to research of essence of law-enforcement, and role of legalization in the process of realization of law. Especially attention was put on the wide definition of law-enforcement, and such categories as procedural form and legal procedure.

Key words: legalization, law-enforcement, public and private law-enforcement, procedural form, legal procedure.

*Атаманова Н.В.,
викладач кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету*

ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ЗАПОРІЗЬКОЇ СІЧІ: ЦІННІСНО-НОРМАТИВНИЙ АСПЕКТ

Анотація. Українська козацька громада, як феномен суспільно-політичного і правового розвитку України XV – XVIII століть, виробила своєрідну систему забезпечення правового порядку у Запорізькій Січі, що ґрунтувалася на ціннісно-нормативних засадах правової свідомості козацтва та звичаєвого козацького права. Вона була тісно пов'язана з правовим життям українських земель, розвивалася під їхнім впливом і спричиняла зворотній вплив на розвиток правової сфери України.

Ключові слова: правовий порядок Запорізької Січі, ціннісно-нормативна система, козацьке звичаєве право, Магдебурзьке право, канонічне (церковне) право.

Постановка проблеми. Сучасні спроби представників вітчизняної юриспруденції досягнути особливості правового розвитку України так чи інакше звертаються до історичних витоків, які викликали до життя політичні і правові традиції нашого народу. Історична епоха козацтва в процесах становлення держави і права України у цьому сенсі є особливо значущою саме тому, що вона не тільки викристалізувала особливі риси національного характеру в драматично-складних перипетіях становлення української державності, але й створила самобутню політико-правову культуру, виробила доволі самодостатню форму політико-правової організації суспільного життя, які через сторіччя продовжують транслювати свій вплив на політичний і правовий розвиток сучасної України.

Серед здобутків козацької доби вирізняється правовий порядок Запорізької Січі – малодосліджений феномен суспільно-правової реальності України, що відбив у собі і особливості тодішнього правового життя українців, існуючого рівня правової культури, і специфічні риси правової ментальності української нації, що зберігають свої прояви і нині. Системоутворюючими факторами і передумовами правового впорядкування суспільного життя козацтва і значної частини України того періоду виступали ціннісні та нормативні засади Запорізької Січі. Такий аспект досягнення правового порядку з сучасних позицій відкриває його природу, бо, як справедливо зазначає Ю.М. Оборотов,

парадигма ціннісно-нормативного праворозуміння створює можливості для зміни уявлень про особливості формування та забезпечення правового порядку, оскільки містить у цій сфері цілий світ правових цінностей, окремі складові якого раніше тільки опосередковано використовувались при характеристиці цього явища [9, с. 259].

Аналіз останніх досліджень. Предусім, слід констатувати, що у вітчизняній юриспруденції дотепер відсутні спеціальні розвідки правового порядку Запорізької Січі. Разом з тим, публікації авторів, які займалися вивченням звичаєвого права (Жовтобрюх М.М.), правової свідомості (Андреев Д.В.), апарату управління (Паньонко І.М.) та інших сторін правового життя козацької України (А.О. Гурбик, Н.І. Долматова, О.В. Кресін, П.П. Музиченко, М.Г. Щербак та ін.), опосередковано можуть дати певне уявлення про систему правового впорядкування козацької спільноти.

Виклад основних положень. Аналізуючи правове життя Запорізької Січі, маємо зазначити, що ціннісно-правова складова виробленої козацькою спільнотою моделі регулювання суспільних відносин на ранньому етапі її розвитку мала зародковий характер. Вона виявляла себе у корпоративних уявленнях козацтва про правду, справедливість, честь, порядок – поняття, змістовна характеристика яких тяжіє до мононормативного регулювання, де правові уявлення і нормативи тісно перепліталися з моральними і релігійними. Ця невіддиференційованість правових цінностей від моральних і релігійних значною мірою спричинялася необхідністю «мобілізації» і взаємопідтримки всіх засобів суспільно-корпоративної регуляції на суворе забезпечення протівійської дисципліни і відповідного порядку у всіх сферах козацького життя. Сутність ціннісних уподобань козацької спільноти визначалася тим, що у козаки йшли знедолені, але не скорені люди, здатні зі зброєю в руках відстояти свою людську гідність.

На перших етапах свого становлення, козаки, спираючись на попередній досвід, встановлювали певні норми суспільної життєдіяльності, виробляли відповідний обставинам правовий світогляд, чинили часом відмінне в конкретних проявах, але загалом тотожне в його основних рисах

судочинство [3, с. 135]. Тяглість ціннісного та нормативного творення українського козацтва ґрунтувалася на спільності рис звичаєвого права українських земель — Волині, Берестейщини, Київщини, Поділля, Пінщини, населення яких було основним джерелом формування козацької спільноти, а відтак, несло з собою властиві українству правовий досвід і правову свідомість.

Особливості соціальної регуляції суспільних відносин у козацькій спільноті мали свої витoki з прагнення набутих свободи людей уникнути неволі, ненависної влади панів і урядовців. Це виявляє себе у своєрідному устрої громадської влади в козацькому середовищі. Козаки об'єднувалися у громади і всі важливі питання обговорювали і вирішували на радах. Тут обирали козацьку старшину — отаманів, осавулів, суддів, заслуховували звіти обраних осіб. Громада мала можливість безпосередньо впливати на функціонування цих владних інституцій козацького суспільства. Громада виступала й суб'єктом ціннісно-нормативного творення приписів, які поступово склалися у систему звичаєвого козацького права.

Після витіснення козацтва владою і шляхтою Речі Посполитої з Переяславщини, Черкащини та Брацлавщини, його центр перемістився на південь, за дніпровські пороги, де козаками будуються укріплення Запорізької Січі, а козацтво стає консолідуючою верствою боротьби українського народу проти соціального, релігійного та національного поневолення з боку польсько-шляхетської держави. Особливий, відмінний від властивого тогочасному українському соціуму, уклад життєдіяльності козаків, інституціоналізація козацтва як самостійного соціального стану в українському суспільстві, наявність у цього стану виокремлених і певною мірою усвідомлених корпоративних (групових) і загальнонаціональних інтересів сприяли консолідації цієї спільноти у потужну соціальну силу. Тому в умовах запорізької вольниці козацькі товариства мали чи не ідеальні умови для правотворчості з метою регулювання усіх сторін суспільного життя козацької громади та її зовнішніх зносин (А.О. Гурбик). Саме на цьому наголошував О.М. Лазаревський, який, як і більшість дослідників (починаючи з ХІХ ст.), підкреслював, що козацьке право «втворилося самим життям, природними потребами самого народу, без будь-яких штучних... регламентацій; і вказаний судоустрій міг задовольняти народ до тих пір, поки він залишався народним; допоки сам народ брав участь у його творенні...» [7, с.96]. І хоча створений козацтвом лад дійсно був примітивно простий і більше годився для воєнного табору, аніж для складного громадського життя (О.М. Лазаревський), значний вплив

ціннісно-нормативної системи Запорізької Січі на формування правового порядку всіх українських територій є незаперечним. Про це свідчить побутування багатьох артефактів козацтва у сучасній культурі українського суспільства.

Козацькою громадою суворо підтримувалося дотримання неписаних правил козацької честі. Як відомо, про козацьку чесність ходили легенди: будь-яка річ, залишена в Запорізькій Січі, залишалась незайманою на тому ж місці, де власник її міг забрати будь-коли, хоч через рік. Наживатись за рахунок товариства вважалось запорожцями ганебною вадою, що каралась як злочин. Крадіжка у товариша вважалась найтяжчим злочином після смертовбивства свого ж [6, с.23]. Характерно, що в українських селах на Одещині, які утворилися у результаті козацьких поселень вже після зруйнування царатом Запорізької Січі, традиція поваги до власності, чужого майна збереглася навіть у часи, коли комуністична радянська влада здійснила «історичний» наступ на приватну власність.

Ціннісні орієнтації козацтва визначали козацький ідеал права, що відіграв значну роль у розвитку українського суспільства: він став фактором формування правового життя не тільки Запорізької Січі, але й всіх українських земель, і зі всією очевидністю матеріалізувався під час повстань, коли на звільненій території вводилися козацькі порядки. Фактом свого існування козацтво дало помітний імпульс розвитку правової свідомості народу, забезпечило появу нових елементів ментальності, пов'язаних зі свободою і власною державою. Свідченням свободолюбності козацтва, його прихильності до правди і справедливості є Скарги козацьких послів, відправлених Богданом Хмельницьким на сейм у Варшаву (липень 1648 р.) [13, с.257].

Особливості ціннісних уявлень козацької спільноти значною мірою посилювалася міфологічним компонентом їхньої свідомості. Козацькі міфи — це цілий пласт народної свідомості, який був покликаний творити притягальний українства образ козака. Значне поширення козацьких міфів свідчить про їхню затребуваність соціумом. Між козаками завжди були так звані «характерники», яких «ні вогонь, ні вода, ні шабля, ні звичайна куля, окрім срібної, не брали». І навіть церковні служителі досить лояльно ставились до подібних явищ, а найчастіше зовсім не знали про осіб, які володіли характерними здібностями.

Особливості ціннісно-нормативної системи козацтва вже напочатку вказують про її спрямованість, передусім, на забезпечення внутрішнього впорядкування всередині козацької спільноти, підтримання необхідного рівня організації життєдіяльності та дисципліни у спародичних, а надалі

усталених відносинах у процесах життєдіяльності козацтва як виокремленого суспільного стану. Проте, козаки виступали носіями корпоративних цінностей і норм не тільки на територіях Запорізької Січі, але й при перебуванні в інших місцевостях країни. Отже, правовий порядок Запорізької Січі має певні ознаки персоналістичного правового впорядкування, що властиве початковим етапам становлення національних правових систем.

Як свідчать документи архіву Коша Нової Запорізької Січі, подальший розвиток козацького права виявляє тенденцію до трансформації козацького правового порядку у територіальний, що підтверджується практикою юрисдикції січових інституцій відносно правопорушень козаків відносно осіб некозацького стану за межами Січі. Так, Кіш доручив слідство комісії у складі кодацького полковника Петра Піскуна і пушкаря Пилипа Малого та усунув писаря Лукіяна Порожнього з посади і позбавив старшинського рангу за сварку і бійку з жителями с. Кам'янське [2, с. 68].

Формування ціннісно-номативних засад правового порядку у козацькому середовищі у великій мірі відбивало особливості правового життя не тільки цього суспільного стану, але й населення всіх тогочасних українських територій, знаходилося під впливом процесів правотворення українського народу на різних етапах його розвитку.

Домінуючим системоутворюючим фактором правового порядку було звичаєве козацьке право – сукупність правових звичаїв, що встановлювались у сфері життєдіяльності козацтва. Важливість цього джерела підкреслює той факт, що відразу після приєднання України до Росії царська грамота від 25 березня 1654 р. надавала Війську Запорізькому право судитися «у своїх старшин по давнішим правам їх», тобто на основі звичаєвого права. А база звичаєвого права закладалася якраз у XV – середині XVII ст. Спочатку особливої популярності звичаєве козацьке право набуло у середовищі українських селян, що втікали від своїх хазяїв і властей у райони середнього і нижнього Придніпров'я. Норми звичаєвого права, які склались у Запорізькій Січі, закріплювали військово-адміністративну організацію козацтва, деякі правила воєнних дій, роботу судових органів, порядок землекористування й укладення окремих договорів, види злочинів і покарань. Наявність у козацтва свого особливого права визнавалася польським урядом. Незважаючи на суворість норм звичаєвого козацького права, в ньому була «чесність велика». Козацтво всіляко відстоювало звичаєве козацьке право, побоюючись, що писане право зможе обмежити козацькі вільності [8, с. 191].

Проте, самотність правотворчої практики, віддаленість козацтва від державних інституцій,

не виключало того, що на генезу козацького права, безперечно, впливало литовське законодавство. Адже більшість прибулих на Запоріжжя раніше проживали на землях, де домінувало литовське право, що не могло не позначитися на правових уявленнях січової громади. Зокрема, положення 1, 10 і 12 артикулів 13-го розділу Першого Литовського статуту 1529 р. про покарання на смерть за кримінальний злочин застосовувалися і в практиці запорізького суду. Це не випадково, адже в основу законодавства Великого князівства Литовського було покладено й норми українського звичаєвого права. Можливо висловити гіпотезу про певне правонаступництво козацького правового порядку з правом Київської Русі, у тому числі й завдяки тому, що у кодифікаціях Великого князівства Литовського багато що було взято з Руської Правди [11, с.409]. Певний вплив на правовий порядок на українських землях, на правову свідомість населення, у тому числі й козацтва (особливо зважаючи на корпоративний його характер), справляло Магдебурзьке право, згідно з яким цілий ряд українських міст володіли певними привілеями та правами самоврядування і судівництва. З багатьма уявленнями козаків напрочуд перекликаються вимоги міщан до кандидатів у органи місцевого самоврядування. Вони мали бути не багатими, але й не бідними, доброго імені, богобоязне ними, справедливими і правдивими... Не розголошувати міських таємниць, бути твердими у словах та справах, цуратися жадібності [12, с. 178-179].

Ще одним важливим ціннісно-нормативним чинником правового порядку Запорізької Січі, зважаючи на релігійність козацтва, спрямованість його боротьби на захист православної віри, слід визнати канонічне (церковне) право, головними джерелами якого на українських землях були правові акти православної церкви – «Номоканон» (збірник церковного права) та церковні устава князів Володимира і Ярослава («Сувій Ярослава»).

Висновки. На думку автора, зазначене переконливо свідчить, що забезпечення правового впорядкування у Запорізькій Січі мало самотній, пов'язаний зі специфікою життєдіяльності козацької спільноти, характер і певні особливості. Разом з тим, творення ціннісно-нормативних засад правового порядку на Запоріжжі було тісно пов'язаним з правовим життям всіх українських територій системою взаємного впливу, і розвивалося у руслі народжуваних українських правових традицій.

Література:

1. Андреев Д.В. Етносоціокультурні чинники формування національної правосвідомості (на прикладі судової системи Запорозької Січі XVII-XVIII століть): дисертація канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України МВС України. — К., 2003.
2. Архів Коша Нової Запорозької Січі: Опис справ: 1713—1776. — Видання друге, доповн. і випр. — Київ: «Наукова думка», 1994. — Справа № 117. — С. 68.
3. Гурбик А.О. Звичаєво-правова культура запорозького козацтва // Історія українського козацтва: Нариси: У 2 т. / Редкол. В.А. Смолій (відп. ред.) та ін. — К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. — Т. 2. — С. 134-160.
4. Жовтобрюх М.М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України. — К., 2002. — 206 арк. — Бібліогр.: арк. 191-206.
5. Історія держави і права України. Підручник. У 2-х т. / За ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. — Т. 1. — К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. — 656 с.
6. Крушинський В., Левенець Ю. Історія України (події, факти, дати). — Видання друге. — К., 1993. — 349 с.
7. Лазаревский А.М. Суды в старой Малороссии // Киевская старина. — 1898. — № 7-8. — С. 96. — Цит. за: Гурбик А.О. Звичаєво-правова культура запорозького козацтва. — С. 135.
8. Музиченко П.П. Історія держави і права України: Навчальний посібник. — К.: Товариство «Знання», КОО, 1999. — 662 с.
9. Оборотов Ю.Н. Ценностно-нормативные основания стабильного правопорядка // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 49 / Редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; Відп. за вип. Ю.М. Оборотов. — Одеса: Юридична література, 2009. — С. 258—263.
10. Паньонко І.М. Апарат управління Запорізької Січі (Середина XVI ст. — 1775 р.). Автореф. дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. — Львів, 2000. — 18 с.
11. Полонська-Василенко Н. Історія України. — Т. 1. — К.: «Либідь». — 409 с.
12. Сас П.М. Феодалные города Украины в конце XV — 60-х годах XVI в. — Л., 1989. — 232 с.
13. Хрестоматія з історії Української РСР. — К., 1959. — Том I. — 747 с.

Атаманова Н.В. Правовой порядок Запорозької сечи: ценностно-нормативний аспект

Аннотация. Украинская казацкая община, как феномен общественно-политического и правового развития Украины XV — XVIII веков, выработала своеобразную систему обеспечения правового порядка в Запорозькой Сечи, основанной на ценностно-нормативных основах правового сознания казачества и обычаевого казацкого права. Она была тесно связана с правовой жизнью украинских земель, развивалась под их влиянием и вызвала обратное влияние на развитие правовой сферы Украины.

Ключевые слова: правовой порядок Запорозькой Сечи, ценностно-нормативная система, казацкое обычайное право, Магдебургское право, каноническое (церковное) право.

Atamanova N.V. Valued-normative principles of legal order of the Zaporizhian Sich

Summary. Ukrainian cossack society, as the phenomenon of social and political and legal development of Ukraine in XV — XVIII ages, produced the original system of providing legal order in Zaporizhian Sich which was based on valued-normative principles of legal consciousness of the cossacks and ordinary cossack right. It was closely associated with legal life of Ukrainian lands, it was developing under their influence and drew to reverse influence on the development of legal sphere of Ukraine.

Key words: legal order of of the Zaporizhian Sich, valued-normative system, cossack ordinary right, Magdeburz'ke right, canonical (church) right.

Берназ В.Д.,
 проректор по научной работе и
 международным связям,
 Международного гуманитарного университета
 д. ю. н., профессор, Заслуженный деятель науки и техники Украины

Берназ П.В.,
 к. ю. н., доцент кафедры уголовного процесса
 Одесского государственного университета внутренних дел

ВАЖНЕЙШИЕ СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ЗАДАЧИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ (ЧАСТЬ I)

*Организация без стратегии
 подобна кораблю без руля.
 (Джоел Росс и Майкл Ками)*

Аннотация. Обсуждается проблема формирования и разрешения стратегических задач в деятельности следователя на основе данных современной науки управления и последних достижений криминалистики.

Ключевые слова: стратегия, задачи, цели, реализация, оценка.

Постановка проблемы. Стратегическое мышление и управление, в отличие от свободной импровизации, интуиции, упования на везение, имеют ряд преимуществ: концентрируют деятельность на достижении основной цели, заставляют рядовых следователей и их руководителей искать новые возможности, своевременно выявлять угрозы расследованию, способствуют непрерывному развитию оптимальной модели деятельности, дают следователям ясные критерии для оценки составляемых планов по уголовным делам; оптимизирует управление ресурсами, которые поддерживают оптимальность деятельности и гарантируют наиболее рациональные пути достижения поставленных целей. Использование основ стратегии нередко становится ключом к применению инновационных средств и методов к устойчивому улучшению деятельности.

Принимая во внимание, что следственная деятельность проходит в жестком постоянно совершенствующемся, технически оснащенном, а в последнее время и стратегически организованном противодействии со стороны преступного мира и их связей, в условиях риска, опасности, возникла необходимость совершенствования не только тактики выявления, прекращения, раскрытия и расследования современных преступлений, но и разработки и внедрения в правоохранительную деятельность средств и методов стратегического характера.

Условия, в которых протекает раскрытие и расследование преступлений, — это и постоянно меняющееся криминально-процессуальное законодательство, что не всегда способствует оптимизации деятельности следователя. Мало того, как отмечает М.В. Костицкий, позитивная цель реформирования статуса следователя и функций органов досудебного следствия наталкивается на отсутствие стратегической концепции будущей системы досудебного расследования и поэтому высказанные предложения не совсем понятны, не завершены и не целостны [1, 185, 186]. «Анализ предложенных изменений свидетельствует об отсутствии стратегической концепции реформирования прослеживается негативная тенденция относительно изменений реальных полномочий и компетенций следователя» [2, 6]. Отсутствие стратегии в правотворческой деятельности приводит к дисгармонии детективной деятельности (англ. detective, от лат. detego — раскрываю, разоблачаю) по раскрытию и расследованию преступлений к снижению уровня противодействия криминалитету.

Лица, противодействующие расследованию, знакомы с теми же идеями, методами и подходами, что и следователь, и имеют не меньшие возможности для их использования, а в материальном плане и несравнимо большие. В современных условиях успех в противостоянии криминалитету возможен только при адекватном, а лучше в упреждающем использовании следователем средств и методов, направленных на преодоление криминальной стратегии.

Из практики расследования преступлений известно, что самые эффективные следователи, следственно-оперативные группы обычно действуют

не стандартно, а как первопроходцы и лидеры, не ограничиваясь ответными мерами и пассивной защитой от криминального противодействия. Они упреждают противодействия криминальных структур, начинают стратегическое наступление на них и обеспечивают себе устойчивое преимущество, а равно превосходные результаты. Только энергичная реализация творческой, неординарной стратегии может обеспечить качественное и своевременное раскрытие и расследование преступлений — это всегда результат проницательного, активного стратегического планирования, а отнюдь не счастливой случайности или длительного везения.

Другими словами, чем тщательнее продумана стратегия организации расследования преступления и чем профессиональнее она реализуется, тем больше шансов у следователя или следственно-оперативной группы занять лидирующие позиции в своем виде деятельности и заслужить самую высокую оценку. Удачная стратегия и ее умелая реализация — самые верные признаки улучшения качества раскрытия и расследования преступлений. К сожалению, если тактика расследования преступлений исследовалась многими учеными, то разработка стратегических проблем этого не простого вида деятельности находится в зачаточном состоянии.

Раскрытие и расследование преступлений возможно представить себе как непрерывно изменяющийся информационный процесс, который не возможен без надлежащей организации и управления. И именно в науке управления наиболее активно разрабатываются стратегические аспекты деятельности.

Анализ последних исследований и публикаций. В криминалистике, к сожалению, публикаций относительно стратегических задач расследования мало. Проблема относится к недостаточно исследованной. За исключением работы Г.А. Зорина «Криминалистическая методология», в которой рассматриваются отдельные аспекты проблемы [3, 22-26; 99].

Формулирование целей. Принимая во внимание, что стратегические задачи в следственной деятельности в криминалистике еще не нашли своего должного разрешения, мы ставим перед собой цели проанализировать возможности применения достижений науки управления в деятельности по расследованию преступлений.

Изложение основного материала. Нельзя не отметить то, что стратегические задачи для следователя по конкретному преступлению определяются кругом обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. В соответствии со ст. 64 КПК Украины — это событие преступления:

кто совершил криминальное деяние, способ, время, место, кто потерпевший, характер и размер ущерба, нанесенного потерпевшему; виновность обвиняемого, мотивы преступления; обстоятельства, смягчающие и отягчающие вину, причины преступления и обстоятельства способствующие совершению преступления. По отдельным видам преступлений могут подлежать доказыванию и иные обстоятельства, например, в соответствии со ст. 433 КПК Украины по преступлениям, совершенным несовершеннолетними, подлежат доказыванию также возраст несовершеннолетнего, состояние его здоровья и т.п.. С целью установления этих обстоятельств по уголовным делам выдвигаются версии и определяются необходимые направления деятельности следователя, о чем составляется план расследования по уголовному делу, который по сути дела и является моделью стратегии в деятельности следователя на этот момент досудебного следствия. Для решения перечисленных стратегических задач по уголовному делу по каждому из перечисленных обстоятельств следователю необходимо в соответствии с канонами науки управления определить стратегию их установления и доказывания.

Одним из современных направлений оптимизации стратегии раскрытия и расследования современных преступлений является использование синергетического подхода, то есть следователю необходимо постоянно обновлять свои знания и навыки в соответствии с достижениями различных отраслей знания. Так перспективным, на наш взгляд, является интенсификация применения знаний науки управления в решении задач, которые стоят в деятельности следователя. При этом сегодня не возможно стать профессионалом в борьбе с современной преступностью без использования последних достижений в стратегии организации деятельности.

В науке управления процесс разрешения стратегических задач разработан достаточно, обычно рассматривают пять задач стратегической стороны деятельности:

1. Формирование стратегического видения будущего.
2. Постановка целей.
3. Разработка стратегии.
4. Реализация стратегии.

Оценка результатов и корректировка стратегического видения, глобальных целей, стратегии и ее реализации с учетом приобретенного опыта, изменившихся условий, появления новых идей и возможностей [4, 35].

Рассмотрим их применительно к процессу расследования преступлений. Стратегическое видение позволяет вернее определить направление и

пути расследования. Формирование стратегического видения по уголовному делу, на наш взгляд, должно проходить в несколько этапов. На первом — ведется поиск, осмысление, систематизация и сосредоточение, относимые к расследуемому событию информации. На втором — в условиях жестких временных рамок следует подвести промежуточные итоги в плане определения какой информация приобрела статус доказательств, какая может быть применена для получения новых доказательств в будущем и как ее использовать, и наконец, определяем какие доказательства еще необходимо добыть. На третьем — с использованием результатов расследования, информационно-статистических данных, достижений науки формируется прогностическая модель будущих действий субъекта совершенного преступления и его связей. Стратегический прогноз позволяет моделировать: развитие последствий по решениям, которые приняты и реализуются следователем; формирование, развитие и разрешение следственных ситуаций; определение влияния сложившихся следственных ситуаций на каждом из промежуточных этапов расследования на ход расследования по уголовному делу; прогноз противодействия со стороны криминалитета и их связей и разработать контрмеры по их нейтрализации и преодолению; оптимальное распределение ресурсов (кадровых, материальных и т.п.) по направлениям расследования, как необходимая предпосылка устойчивого стратегического движения к цели. Параллельно происходит формирование адекватной прогнозу общей модели действий следователя (следственно-оперативной группы) в соответствии с выбранным направлением расследования, а при необходимости и нескольких направлений расследования.

Постановка целей — это то к чему стремится деятельность. А стратегия средство ее достижения. Постановка целей осуществляется через планирование по уголовному делу, чем позволяет переводить теоретическое моделирование в плоскость практического применения. Соответственно цели досудебного следствия возможно разделить на тактические и стратегические. Тактические или краткосрочные цели — это те, которые решают промежуточные задачи, но и они ведут к достижению стратегических целей. Стратегические — это те которые направлены на быстрое раскрытие преступлений в полном объеме, на изобличение виновных, защиту прав физических и юридических лиц. К стратегическим целям относятся и те, которые направлены на опережение противодействия расследованию со стороны криминогенных лиц и их связей. Они реализуются через комплекс оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий с целью нейтрализации и преодолению

противодействия и установления обстоятельств, подлежащих доказыванию. При расследовании преступлений должна быть всеобщая атмосфера, направленная на конечный результат. Редко удается достичь успеха, если ориентируются лишь на краткосрочные цели.

Продолжение следует в следующем номере Научного вестника Международного гуманитарного университета.

Литература:

1. Шепитько В.Ю. Реформування органів досудового слідства: за і проти // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: збірник наукових праць. Вып. 10 / ред кол.: М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепитько та ін. — Х.: Право, 2010.
2. Костицький М.В. Про трансформацію попереднього розслідування в парадигмі триваючої судової реформи в Україні // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності — К., 2010.
3. Зорин Г.А. Криминалистическая методология. — Мн.: Амалфея, 2000. — 608 с.
4. Томпсон-мл. Артур А., Стрикленд Ш.А. Джордж. Стратегический менеджмент: концепции и ситуации для анализа, 12 издание / Перевод с англ. — М.: Издательский дом «Вильямс», 2009. — 928 с.

Берназ В.Д., Берназ П.В. Найважливіші стратегічні завдання в діяльності слідчого.

Анотація. Обговорюється проблема формування та вирішення стратегічних задач в діяльності слідчого на підставі даних сучасної науки управління і останніх досягнень криміналістики.

Ключові слова: стратегія, задачі, цілі, реалізація, оцінка.

Bernaz V.D., Bernaz P.V. The most important strategic objectives of the investigator.

Summary. Discusses the problem of the formation and resolution of strategic problems in the work of investigators on the basis of modern science, management and the latest forensic.

Key words: strategy, objectives, goals, implementation, evaluation

*Туляков В.А.,
д.ю.н., профессор,
член-корреспондент НАПрНУ,
Заслуженный деятель науки и техники Украины
НУ «Одесская юридическая академия»*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОВРЕМЕННОЙ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ

Аннотация. В статье раскрываются некоторые проблемные вопросы современной уголовно-правовой доктрины. Автор приводит перечень дилемм, требующих неотложного решения, в частности о необходимости структурного совершенствования учения об Уголовном законе, формализации учения о преступлении и уголовном проступке с новой классификацией и таксономией, усовершенствования системы наказаний, оптимизации количества специальных норм в Особенной части УК и др.

Ключевые слова: уголовно-правовая доктрина, антропоцентризм, криминализационные процессы, таксономическая структура.

Парадокс современной публично-правовой доктрины заключается в постепенном размывании публичности, в возврате презюмирования примата индивидуального, частного, приватного над государственным, публичным, общественным. Или хотя бы в поисках баланса такого состояния, равновесной защиты приватных и публичных интересов принудительными средствами и методами. Антропоцентризм современных исследований очевиден. Отчетливо он прослеживается и в уголовно-правовых работах. Однако, как правило, все ограничивается лозунгами либо указанием на развитие идей восстановительного правосудия, медиации и примирения в уголовном праве и процессе.

Сами же уголовно-правовые нормы остаются в неизменном виде защитниками и хранителями вечных и незыблемых интересов государства.

Профессор Асаф Хардуф (2009) исходит именно из этой позиции, утверждая, что ключевое основание криминализации деяния «вред» носит системный характер и состоит из собственно ущерба, характеристик активности и поведенческой причинности. По сути дела, основной критерий криминализации деяний определен в ч. 2 ст. 11 УК Украины (причинение существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу, государству). Однако в ряде случаев мы не криминализируем или наоборот декриминализируем

деяние, исходя из того, что его характеристики не удовлетворяют (соответствуют) требованиям общественной морали, не способствуют общественной стабильности, и принципам естественного права.

В этой связи любой Уголовный кодекс строится с обоснованием запретов посягательств против личности, собственности, общества и государства и против ряда моральных ценностей, декларируемых в качестве базовых в обществе и поддерживаемых им.

Но может ли уголовное право достичь соответствующих целей, идя навстречу законодателю и постоянно запрещая определенные деяния? Может ли запрет предупредить наступление вреда, не существует ли каких либо альтернатив криминализации в области предупреждения девиантного поведения?

Наконец, какова идеальная таксономическая схема при которой единая классификация обосновывает оптимальность криминализационных процессов?

Нам уже приходилось писать о том, что сегодня в государстве прослеживается тенденция к сверхкриминализации, когда методы уголовно-правового воздействия рассматриваются в качестве одних из базовых и основных для применения в государстве в контроле над девиациями. Селективность отбора деяний, вызываемая процессуальной и управленческой недоказуемостью конкретных посягательств (не говоря уже о моделях откровенной коррупции), ведет к социальной несправедливости, к селективной юстиции, когда бедных отправляют за решетку, а власть имущие откупаются. Речь не идет о классе людей со сверхвысокими или высокими доходами. Отношение человека к системе юстиции и системы юстиции к нему в современном обществе определяется именно отношением человека к власти (М. Вебер).

Это наглядно приводит к системным нарушениям прав человека, к формированию стигматизированных как потенциальные преступники общественных групп, искажению стереотипов и идеалов права и справедливости,

к «выхолащиванию» профилактической и карательной функции уголовно-правового запрета.

Следовательно, определение таксономической структуры (вред — деяние — связь), четкое указание на значимость суверенитета государства, вреда личным и общественным интересам для криминализации в национальном праве обуславливают структуру будущего учения о криминализации и систему модельного Уголовного кодекса. Показателен в связи с этим подход законодателя Румынии, который в Разделе первом Особенной части Уголовного кодекса 2004 года объединил все посягательства на личность и ее права. Преступления и проступки против личности в Уголовном кодексе 2004 года включают в себя:

- преступления против человечества,
- преступления и проступки против жизни людей,
- проступки против телесной неприкосновенности и здоровья людей,
- преступления и проступки против генетической манипуляции,
- преступления и проступки против свободы личности,
- преступления и проступки против сексуальной неприкосновенности,
- проступки против достоинства,
- проступки против семьи,
- преступления и проступки против нравственности,
- преступления против свободы вероисповедания и уважения к умершим.

Подобный подход (личность, общность, общество, государство) более «человечен» и в определенной форме встречается и в действующем законодательстве Украины. Однако количество нерешенных проблем достаточно велико. Именно поэтому сегодня особое внимание уделяется формированию новой уголовно-правовой доктрины.

Несколько проблемных вопросов, которые также хотелось бы поставить на рассмотрение в связи с этим:

1. Структурное совершенствование учения об Уголовном законе в части более четкого описания форм и видов уголовно-правового воздействия, принципов, источников, юрисдикционных полномочий, оснований ответственности, особенностей непривлечения и освобождения от уголовной ответственности, правил аппроксимации, уголовно-правового тезауруса. Данный цикл работ включает в себя решение комплекса проблем доктринального характера, начиная от многоколейности уголовно-правового воздействия, заканчивая предельной формализацией оснований непривлечения к ответственности (иммунитетов и привилегий в уголовном праве).

2. Формализация учения о преступлении и уголовном проступке с новой классификацией и таксономией, основанной на четырехзвенном делении «личность, собственность, государство, общество, мораль».

3. Выяснение места и роли института потерпевших от преступления в формировании уголовной и криминологической политики государства; определение характеристик потерпевших и их благ в системе объектов уголовно-правовой охраны; изменение роли и значения потерпевших в системе уголовно-правовых отношений и ответственности, введя категорию потерпевших в обязательный элемент *corpus delicti*; определение примата личного вреда в определении критериев общественной опасности уголовного правонарушения (преступления и проступка), при категоризации уголовных правонарушений; определение потерпевшего (специального потерпевшего) как самостоятельной категории уголовного права; распространение случаев криминализации предварительной преступной деятельности только по жалобе потерпевшего; введение институтов согласия потерпевшего, медиации, реституции и компенсации как самостоятельных либо дополнительных форм реализации ответственности за уголовные правонарушения; определение нормативных характеристик учета мнения потерпевшего при назначении наказания, при освобождении от наказания и его отбывания, при применении мер безопасности и мер социальной защиты; определение совокупности признаков криминализации деяний против специальных потерпевших в качестве квалифицированных составов преступлений, выделение таких признаков в качестве основных критериев криминализации; постулирование ответственности правонарушителей, обвиняемых в совершении привилегированных составов только по жалобе потерпевших; ранжирование составов особенной части в зависимости от значимости охраняемого блага для потерпевших.

4. Совершенствования системы наказаний (штраф, лишение свободы, probation) и иных уголовно-правовых мер: безопасности (конфискация, лишение прав), мер социальной защиты (принудительные меры медицинского и воспитательного характера), мер компенсации, мер реституции, мер поощрения.

5. Предельная формализация правил назначения наказания. С нашей точки зрения речь здесь должна идти как о формализации назначения наказания при наличии смягчающих и отягчающих обстоятельств, так и декриминализации квалифицированных составов деяний, в которых то или иное обстоятельство было первоначально указано в качестве системообразующего.

С нашей точки зрения, например, такие признаки как совершение преступления повторно, организованной группой, преступной организацией, лицом с использованием своего должностного положения, служебным лицом и др. должны быть исключены из диспозиций конкретных составов Особенной части УК. С размещением в Общей части соответствующих норм, увеличивающих наказание. Аналогичным образом можно решить вопрос с обстоятельствами, смягчающими наказание, которые выступают системообразующим признаком диспозиции статьи Особенной части УК (например, совершение преступления в состоянии сильного душевного волнения).

6. Оптимизация количества специальных норм в Особенной части УК. С нашей точки зрения, например, было бы правильным изменить диспозицию ст. 115, УК, именуя ее «умышленное посягательство на жизнь» и убрав, тем самым, из уголовного законодательства нормы, нарушающие принцип равенства и подвергающие дополнительной охране представителей органов государственной власти, сотрудников правоохранительных органов, носителей правосудия и т.п. И таких примеров системного нарушения базовых принципов справедливости и равенства достаточно много.

7. Ликвидация составов с «двойной» формой вины с переносом ответственности в общие нормы.

8. Ликвидация значительной части составов с бланкетными диспозициями с переводом поля ответственности в русло гражданско-правовых или хозяйственно-правовых отношений.

9. Оптимизация регулирования в рамках единой нормы, где критерием отличия преступления от проступка служит типовая санкция.

10. Формирование уголовных законов «*sui generis*», существование которых позволит более предметно описать особенности уголовной ответственности и наказаний несовершеннолетних, проблематику военно-уголовного и супернационального уголовного права.

Многие из поставленных вопросов являются достаточно дискуссионными и каждый, практически, является предметом самостоятельного исследования, однако практика последних научных форумов по уголовному праву и криминологии свидетельствует о необходимости их научного рассмотрения.

Туляков В. О. Деякі питання сучасної кримінально-правової доктрини

Анотація. В статті розкриваються деякі проблемні питання сучасної кримінально-правової доктрини. Автор наводить перелік дилем, що потребують нагального вирішення, зокрема необхідність структурного удосконалення вчення про Кримінальний закон, формалізацію вчення про злочин та кримінальний проступок з новою класифікацією та таксономією, удосконалення системи покарань, оптимізацію кількості спеціальних норм у Особливій частині КК та ін.

Ключові слова: кримінально-правова доктрина, антропоцентризм, криміналізаційні процеси, таксономічна структура.

Tulyakov V. Some questions of modern kiminal-law doctrine

Summary. The article is devoted to some problems of modern criminal-legal doctrine. The author gives the list of dilemmas that require urgent solution, in particular, the need for structural improvement of the teaching of Criminal law, the formalization of the teaching about the crime and the criminal offence by new classification, improvement the system of punishments, optimization number of special provisions in the Special part of the Criminal code, etc.

Key words: criminal legal doctrine, anthropocentrism, criminal processes, taxonomic structure.

Рыжаков А. П.,

*д. ю. н., профессор Тульского филиала
Международного юридического института,
Заслуженный работник высшей школы РФ*

ПРОВЕРКА ЗАКОННОСТИ МНИМЫХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Аннотация. В статье подвергнута критике практика отказа в рассмотрении жалоб на незаконные оперативно-розыскные действия в рамках гражданского процесса. Приводится анализ постановления Пленума Верховного Суда РФ, подтверждающий позицию автора.

Ключевые слова: законность, обжалование, оперативно-розыскное мероприятие, уголовный процесс, действие, бездействие, дознаватель.

Постановка проблемы. Оперативные работники органов внутренних дел с нарушением закона провели обследование помещения. Якобы имело место оперативно-розыскное мероприятие. Изъяты документы с рапортом об обнаружении признаков преступления переданы начальнику УВД. Через 1,5 месяца после этого следователем было возбуждено уголовное дело, и документы оказались в нем. Руководитель организации, в которой были изъяты документы, оспорил законность «оперативно-розыскных мер» в суде. Но там производство по его делу было прекращено в связи с якобы возможностью обжалования данных действий в рамках уголовного процесса.

Кто же прав? В каком порядке гражданин, права которого нарушены незаконным оперативно-розыскным мероприятием, вправе обжаловать действия оперативных работников? В порядке ст. 125 УПК РФ или главы 25 ГПК РФ? Ответ на поставленный вопрос является целью данной статьи.

Изложение основного материала. По общему правилу решения (действия, бездействие), имевшие место в рамках уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальные), обжалуются в порядке ст. 125 УПК РФ.

Законность решений, действий (бездействия) органа государственной власти, в том числе осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, так как последние реализуются вне уголовного процесса, должна проверяться в порядке главы 25 ГПК РФ.

Однако при применении этого общего положения возникает две проблемы:

1) сложность формулировки абз. 2 п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения

судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»;

2) неверное представление судей-цивилистов о таких правовых явлениях как оперативно-розыскная деятельность, соотношение оперативно-розыскного мероприятия и уголовно-процессуального доказывания, когда результаты оперативно-розыскной деятельности становятся уголовно-процессуальным доказательством, допустимости уголовно-процессуальных доказательств.

Иногда абз. 2 п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 вырывается судьями из общего контекста всего текста постановления и толкуется в отрыве от первого абзаца преамбулы, абз. 1 самого п. 4 и последующего п. 5 того же постановления.

Абзац 2 п. 4 рассматриваемого постановления гласит: «В связи с этим судам следует иметь в виду, что по смыслу части 3 статьи 5 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в порядке статьи 125 УПК РФ могут быть также обжалованы решения и действия должностных лиц, органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении в порядке выполнения поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания». Это приводит суды к мнению, что в порядке ст. 125 УПК РФ должны проверяться решения (действия, бездействие) оперативных работников, осуществлявших оперативно-розыскные мероприятия, даже когда уголовного процесса еще не было или, того хуже, предполагая, что оперативно-розыскные мероприятия — это часть уголовно-процессуальной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела.

Между тем, и то, и другое не верно.

В первом абзаце анализируемого постановления прямо указано, что право обжалования решений (действий, бездействия) в порядке ст. 125 УПК РФ есть гарантия судебной защиты прав и свобод граждан «в уголовном судопроизводстве», а не вне него.

В абз. 1 п. 4 того же постановления высший орган правосудия нашего государства отмечает, что в порядке ст. 125 УПК РФ рассматриваются жалобы на решения (действия, бездействие) «должностных лиц в связи с их полномочиями по осуществлению уголовного преследования». Определение же уголовному преследованию сформулировано в п. 55 ст. 5 УПК РФ. Уголовное преследование — это «процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления».

Соответственно, пока в уголовном процессе нет подозреваемого и обвиняемого, не может быть ни уголовного преследования, ни полномочий по осуществлению уголовного преследования (ни должностных лиц, у которых бы были такие полномочия). И уж, что совершенно бесспорно, стороной обвинения (субъектом, наделенным полномочиями по осуществлению уголовного преследования) не являются должностные лица (органы), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность.

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 5 того же постановления, «жалобу на процессуальные решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, прокурора вправе подать любой участник уголовного судопроизводства или иное лицо в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают его интересы, а также действующий в интересах заявителя защитник, законный представитель или представитель...

Правом на обжалование решений и действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование, обладают иные лица в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их права и законные интересы».

Заметьте, везде речь идет о процессуальных действиях и процессуальных решениях. Оперативно-розыскные действия и решения процессуальными не являются. Получается, высший орган правосудия нашего государства в целях упрощения процесса обжалования незаконных действий (решений, бездействия) государственных органов и должностных лиц расширил пределы применения ст. 125 УПК РФ, помимо действий (решений, бездействия), имевших место всецело в рамках уголовного процесса, он позволяет проверять законность и обоснованность любых действий (решений), осуществленных в отношении участника уголовного судопроизводства, которые способны причинить ущерб его конституционным правам и свободам либо затруднить доступ граждан к

правосудию. А в отношении иных, не являющихся участниками уголовного процесса лиц, подход у него несколько другой. Такие могут рассматриваться на рассмотрение их жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ, когда их права и законные интересы затронуты именно процессуальными действиями или процессуальными решениями.

Исходя из такого подхода и применительно к ситуации, описанной в абз. 2 п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1, должен толковаться следующим образом.

В порядке ст. 125 УПК РФ должны проверяться осуществляемые в отношении участника уголовного процесса действия и решения оперативных подразделений по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении в порядке выполнения поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания. В отношении иных, не являющихся участниками уголовного судопроизводства лиц может проверяться лишь законность процессуальных решений или процессуальных действий. В абз. 2 п. 4 постановления процессуальным является лишь само поручение следователя, руководителя следственного органа и органа дознания о производстве оперативно-розыскных действий. Это поручение, если оно способно причинить ущерб конституционным правам и свободам иного, не являющегося участником уголовного судопроизводства лица либо затруднить доступ граждан к правосудию, может быть также обжаловано в порядке ст. 125 УПК РФ. Все иные решения (действия, бездействие) оперативных работников подлежат обжалованию в порядке главы 25 ГПК РФ.

Общее правило, согласно которому в порядке ст. 125 УПК РФ обжалуются лишь уголовно-процессуальные решения (действия, бездействие), в указанном порядке нельзя проверять решения (действия, бездействие) оперативных работников, которые реализованы до начала уголовного процесса, проистекает также из общетеоретических и прямо закрепленных в законе положений.

Так, исходя из общетеоретических представлений об отраслевых правоотношениях, не может быть «участников уголовного судопроизводства» вне уголовно-процессуальных отношений, до того как начался уголовный процесс. Это правило распространяется и на следователя, дознавателя, орган дознания и т.п. Это все субъекты уголовного процесса, которые таковыми являются лишь в связи с реализацией уголовно-процессуальных отношений. Не может быть вне уголовного процесса и уголовно-процессуальных решений (действий, бездействия).

В рамках уголовно-процессуальных отношений может быть проверена законность и обоснованность лишь уголовно-процессуальных решений (действий, бездействия).

Согласно ч. 1 ст. 125 УПК РФ дословно: «решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в районный суд по месту производства предварительного расследования».

На момент осуществления оперативно-розыскных действий, когда еще нет повода к началу уголовно-процессуальной деятельности (повода для возбуждения уголовного дела):

1) не может быть уголовно-процессуальных решений (действий, бездействия). А именно о таковой речи идет в ч. 1 ст. 125 УПК РФ. Именно они могут быть обжалованы в порядке ст. 125 УПК РФ. Постановление о проведении оперативно-розыскного мероприятия — не уголовно-процессуальное решение, а обследование помещений и изъятие в ходе такового документов — не уголовно-процессуальные действия;

2) не было «дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора», а в абз. 2 п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» предписывает судьям «проверять законность решений и действий (бездействия) должностных лиц, указанных в части 1 статьи 125 УПК РФ». «Дознаватель, следователь, руководитель следственного органа и прокурор» — это не конкретный человек и даже не его должность, это совокупность прав и обязанностей, составляющих статус определенного субъекта, в нашем случае уголовного процесса. Так как уголовный процесс еще не был начат, то не могло быть и субъектов данного конкретного уголовного процесса;

3) не было участников уголовного судопроизводства, чьим конституционным правам и свободам мог быть причинен ущерб. Опять же в связи с тем, что самого уголовного процесса («судопроизводства») еще не было;

4) несомненно, не было и предварительного расследования, соответственно не могло быть и «районного суда по месту производства предварительного расследования», куда закон разрешает обжаловать «решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора».

Полагая, что оперативно-розыскная деятельность может осуществляться в рамках уголовного процесса, судьи-цивилисты производство по заявлению, поданному в порядке главы 25 ГПК РФ, прекращают по п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ, делая не соответствующий закону вывод, что заявление не подлежит рассмотрению и разрешению в порядке гражданского судопроизводства, поскольку заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке.

Если по результатам оперативно-розыскной деятельности составляется рапорт об обнаружении признаков преступления, то согласно Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд [1], на момент производства обследования помещения уголовный процесс еще начат не был, так как не было повода для возбуждения уголовного дела.

Повод для возбуждения уголовного дела — это предусмотренный законом первый источник сведений о признаках объективной стороны состава преступления. Без наличия такового не только нельзя вынести законное решение о возбуждении уголовного дела, без него уголовно-процессуальные отношения не начинаются, уголовного процесса, в рамках которого предлагается проверять законность действий оперативных работников, еще нет.

Подтверждением того, что на момент изъятия документов стадия возбуждения уголовного дела еще не началась, может служить и тот факт, что обычно решение о возбуждении уголовного дела от момента производства оперативно-розыскного мероприятия отделяет срок, гораздо больший, чем тот, который отведен законом для течения стадии возбуждения уголовного дела (проверки сообщения о преступлении).

Да и тот рапорт об обнаружении признаков преступления, который оформляется оперативными работниками в целях представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, это еще не обязательно — повод для возбуждения уголовного дела.

Обычно это документ, который составляется должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном Инструкцией, и регистрируется в порядке, установленном нормативными правовыми актами органов, осуществляющих ОРД. Одноименный же рапорт, предусмотренный ст. 143 УПК РФ, составляется следователем (дознавателем) и регистрируется в соответствии с требованиями, закрепленными в законодательстве (п. 1 ч. 2 ст. 37, ч. 4 ст. 144 УПК РФ, Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в

органах внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях) [2] применительно к принятию заявлений (сообщений) о преступлении.

Первый, по форме и содержанию аналогичен предусмотренному ст. 143 УПК РФ рапорту, но таковым не является. Согласно п. п. 7 и 19 Инструкции он является одним из документов, которыми оформляется факт представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу предварительного расследования. Одноименный, предусмотренный ст. 143 УПК РФ рапорт составляется следователем (дознателем) во исполнение предусмотренной ч. 1 ст. 144 УПК РФ обязанности «принять, проверить сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении и в пределах компетенции, установленной» УПК РФ, «принять по нему решение в срок не позднее 3 суток со дня поступления указанного сообщения».

Действия, осуществленные оперативными работниками после составления ведомственного рапорта об обнаружении признаков преступления, направлены на представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу предварительного расследования, а не на проверку информации, указанной в данном рапорте и тем более не на принятие по нему лично решения о возбуждении уголовного дела либо отказе в возбуждении уголовного дела.

Как изъятие документов (предметов) в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия, протоколирование которого должно осуществляться в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона, остается оперативно-розыскным, а не уголовно-процессуальным действием, так и предусмотренный Инструкцией рапорт об обнаружении признаков преступления, пусть даже и составленный по форме, аналогичной рапорту, предусмотренному ст. 143 УПК РФ, установленным УПК РФ поводом для начала уголовного процесса (возбуждения уголовного дела) не является.

Итак, составленный оперуполномоченным рапорт об обнаружении признаков преступления, во-первых, оформлен после производства обжалуемых действий, во-вторых, не тем лицом, которое рассматривало и разрешало сообщение о преступлении. В-третьих, такой рапорт с изъятиями документами передается в орган предварительного расследования. В этом случае уголовный процесс начинается не учреждением, которое при определенных обстоятельствах может выступить в качестве органа дознания, а следователем (дознателем), который на стадии возбуждения уголовного дела получил представленные оперативным

подразделением результаты оперативно-розыскной деятельности.

Скорее всего, рапорт об обнаружении признаков преступления, о котором упоминается в вопросе, являлся ведомственным документом, составление которого обусловлено требованиями Инструкции, а не УПК РФ.

На данный факт указывает то обстоятельство, что он «сначала был направлен начальнику УВД», а не в орган предварительного следствия. УПК РФ не предусмотрено такого процессуального решения как направление дознавателем повода для возбуждения уголовного дела начальнику органа дознания. Причем мы еще забыли о принципе публичности уголовного процесса, согласно которому каждый орган предварительного расследования, а значит и орган внутренних дел, как орган дознания, при наличии к тому фактических оснований, в пределах своей компетенции обязан возбудить уголовное дело при обнаружении признаков подведомственного ему преступления.

Итак, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс — это совершенно разные, не пересекающиеся виды правоприменения. Оперативно-розыскная деятельность всегда осуществляется вне уголовно-процессуальных отношений.

Гражданские юристы в силу специфики рассматриваемых ими дел не знают о данной, существенной разнице оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Рассматривающие гражданские дела судьи полагают, коль материалы, изъятые в ходе оперативно-розыскного мероприятия через какое-то время представлены следователю и являются доказательствами по уголовному делу, значит они «собраны в рамках уголовного процесса». Хотя оперативно-розыскное право и уголовно-процессуальное право — это разные отрасли права. У них несовпадающие источники права. В вузах преподаются две совершенно разные дисциплины оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс.

Они полагают, что в случае нарушения требований закона при проведении оперативно-розыскного мероприятия доказательства будут признаны недопустимыми. Однако УПК РФ не предусмотрел такой возможности. Согласно ст. 75 УПК РФ недопустимыми являются доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ, а не Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и ведомственных приказов, регламентирующих процедуру производства оперативно-розыскного мероприятия.

Выводы. Законность действий (решений), о которых идет речь в вопросе, должны проверяться в порядке главы 25 ГПК РФ. Однако, необходимо серьезно отнестись к составлению заявления об

оспаривании действий (решений) государственного органа (должностного лица). Учтесть все то, что было разъяснено выше. Продумать содержание описательно-мотивировочной части заявления. Из его содержания должно четко прослеживаться, что:

– оспаривается не уголовно-процессуальное действие (решение);

– нарушены права и свободы не участника уголовного процесса;

– уголовного процесса в период осуществления оспариваемых действий вообще не существовало.

Не стоит перегружать заявление информацией, не относящейся к предмету обжалования, и тем более ссылаться на нарушение уголовно-процессуального законодательства. Мы бы не рекомендовали этого делать в заявлении даже в части обоснования нарушения абз. 2 ч. 1 ст. 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», в котором закреплены требования к протоколированию хода и результатом оперативно-розыскного изъятия документов (предметов и т.п.).

Литература:

1. Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд: Приказ МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ № 164, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147 от 17 апреля 2007 года // Росс. газета. — 2007. — 16 мая.

2. Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в органах внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях: Приказ МВД РФ № 985 от 1 декабря 2005 года // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. — 2005. — № 52.

Рижаків А.П. Перевірка законності уявних оперативно-розшукових заходів

Анотація. У статті піддана критиці практика відмови в розгляді скарг на незаконні оперативно-розшукові дії в рамках цивільного процесу. Наводиться аналіз постанов Пленуму Верховного Суду РФ, що підтверджують позицію автора.

Ключові слова: законність, оскарження, оперативно-розшуковий захід, кримінальний процес, дія, бездіяльність, дізнавач.

Ryzhakov A. P. Check of legality of imaginary operatively-search actions

Summary. In article it is subjected criticism of an expert of refusal in consideration of complaints to illegal operatively-search actions within the limits of civil process. The analysis of the decision of Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, confirming a position of the author is resulted.

Key words: legality, the appeal, operatively-search action, criminal trial, action, inactivity, the investigator.

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВВЕДЕННЯ ОБМЕЖЕННЯ ВОЛІ НЕПОВНОЛІТНІХ

Анотація. В статті на основі діючого законодавства України, статистичних даних, практики застосування обмеження волі до неповнолітніх доводиться необхідність введення до системи покарань неповнолітніх альтернативного покарання для позбавлення волі — обмеження волі неповнолітніх. Приводиться порівняльна характеристика цих двох видів покарання. Запропоновані зміни до кримінального кодексу України.

Ключові слова: покарання неповнолітніх, обмеження волі, обмеження волі неповнолітніх

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями, виділення невирішених раніше частин. З огляду на фактичне застосування до неповнолітніх із усіх, передбачених для них видів покарання, — позбавлення волі, визначаючи подальші напрямки удосконалення системи покарань неповнолітніх в Україні у площині доповнення системи покарань неповнолітніх новими для неї видами, у КК України необхідно передбачити можливість застосування до неповнолітніх засуджених покарання у виді обмеження волі, як це має місце віднедавна у КК Російської Федерації.

Цілями статті є спроба сприяти більш глибокій індивідуалізації покарання неповнолітніх, їх успішній ресоціалізації, усунення найбільш негативних наслідків масового застосування до неповнолітніх покарання у виді позбавлення волі на певний строк.

Виклад основного матеріалу. Покарання у виді обмеження волі у теперішній час передбачене у КК України в якості одного з основних видів покарань, які застосовуються до повнолітніх злочинців (хоча був випадок, коли вироком Ічнянського районного суду Чернігівської області неповнолітній особі було призначено покарання у виді обмеження волі. Цей вирок було скасовано в частині призначеного покарання в суді апеляційної інстанції [1]) і полягає у відповідності до ст. 61 КК України в триманні особи у кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці.

У цей час більшість фахівців оцінюють цей вид покарання тільки з позитивної сторони, відзначаючи, що обмеження волі, зберігаючи основні позитивні моменти покарання у виді позбавлення волі (чітка регламентація режиму, праці, побуту, дозвілля засуджених, соціально-виховна робота), значною мірою позбавлено тих його негативних властивостей, які є прямим наслідком суворої ізоляції засудженого. Невипадково тому ще на Першому Конгресі ООН з попередження злочинності й поведіння із правопорушниками (Женева, 1955 р.), було звернено увагу на безумовну перспективність створення відкритих пенітенціарних і виховних установ, що володіють більшими можливостями виправлення злочинців і пристосування їх до життя в суспільстві, на відміну від традиційних установ виконання покарання у виді позбавлення волі. Уявляється, це стосується у першу чергу неповнолітніх злочинців, для яких відбування покарання у місцях позбавлення волі є «школою життя», оскільки у випадку засудження до покарання у виді позбавлення волі на певний строк формування особистості неповнолітнього завершиться у колі злочинців, які із задоволенням (це також реалізація необхідності спілкування з однолітками, а не лише адміністрацією виховної установи) поділяться «майстерністю» вчинення злочинів.

Не можна погодитися з твердженням В.М. Хомича, автора глави 4 тому 8 енциклопедії кримінального права, де, аналізуючи положення щодо покарання у виді обмеження волі, він стверджує, що цей вид покарання є не більше як різновидом позбавлення волі [2, с. 395]. Уявляється, вже сама назва цих двох видів покарань вказує на їхню відмінність. Крім того, при позбавленні волі особа позбавляється свободи пересування, позбавляється права мати грошові кошти тощо. При застосуванні покарання у виді обмеження волі засуджений *обмежується* у певних правах та свободах: особистій свободі; свободі пересування; свободі вибору місця проживання та перебування тощо. Але, на відміну від покарання у виді позбавлення волі на певний строк та арешту, засуджені до покарання у виді обмеження волі перебувають без охорони під наглядом

адміністрації, а при дотриманні встановленого порядку виконання покарання у виді обмеження волі протягом шести місяців за наявності сім'ї, за постановою начальника установи мають змогу проживати за межами гуртожитку зі своєю сім'єю в орендованих квартирах або придбати житло в межах території установи відбування покарання у виді обмеження волі (на сьогодні для повнолітніх засуджених передбачені виправні центри). Мають право носити цивільний одяг, мати при собі гроші та користуватися ними без обмежень, цінні речі, займатися сільським господарством, відправляти листи, одержувати посилки (передачі), бандеролі, мати короткострокові побачення без обмежень, а тривалі побачення — до трьох діб один раз на місяць тощо.

Всі ці положення ще раз указують на те, що, безумовно, покарання у виді обмеження волі є менш суворим у порівнянні з покаранням у виді позбавлення волі на певний строк. Незрозуміло тому є можливість застосування до неповнолітнього злочинця покарання у виді позбавлення волі на певний строк і повна заборона застосування покарання у виді обмеження волі.

На жаль, у той же час не можна не визнати, що впровадження в практику покарання у виді обмеження волі неповнолітніх — справа перспективи, оскільки у теперішній час воно ускладнюється рядом причин соціально-економічного характеру. Насамперед, мова йде про труднощі у створенні мережі установ, які будуть виконувати зазначений вид покарання. Так, незважаючи на те, що із часу прийняття чинного КК України пройшло вже майже 9 років, покарання у виді обмеження волі стосовно повнолітніх дотепер застосовується досить рідко. Так, у 2002 р. до покарання у виді обмеження волі було засуджено всього 3121 особа (1,6% загальної кількості засуджених) [3, с. 49], у 2003 р. — 3514 (1,7%) [4, с. 32; 5, с. 32], у 2004 р. — 3800 осіб (1,9%) [6, с. 28], у 2005 р. — 3511 (2%) [7, с. 40] осіб, у 2006 р. — 3415 (2,1%) [8, с. 37], у 2007 р. — 3,6% (2,4 %) [9, с. 42], у 2008 р. — 3,8 (2,6%) [10, с. 25]. Основна причина — недостатня кількість виправних центрів, які у цей час функціонують далеко не у всіх регіонах України. Така ж ситуація може скластися і з покаранням у виді обмеження волі неповнолітніх.

Таким чином, як впливає з наведеного, широкому впровадженню покарання у виді обмеження волі неповнолітніх значною мірою сприятиме створення мережі установ для відбування цього виду покарання. Ці установи, за аналогією з виправними центрами для дорослих, можна назвати виправно-виховними центрами. Варто передбачити, як і при покаранні у виді позбавлення волі

на певний строк, можливість залучення до праці засуджених до обмеження волі неповнолітніх, починаючи з 14-річного віку.

У літературі було висловлено думку, що обмеження волі до 14-річних осіб може бути застосоване «без обов'язкового залучення до праці, а з 16 років — з таким» [11, с. 34]. Уявляється, більш соціально-обумовленою є позиція, згідно з якою трудова діяльність неповнолітніх 14 — 15-річного віку обмежувалася легкими роботами. При цьому основними засобами виправного впливу на неповнолітніх, засуджених до покарання у виді обмеження волі, мають стати праця, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, соціально-виховна робота, режим.

Окреслюючи межі застосування покарання у виді обмеження волі щодо неповнолітніх, пропонується передбачити можливість застосування цього виду покарання, насамперед, за вчинення злочинів середньої тяжкості.

Так, наведена пропозиція продовжує обраний Верховною Радою України напрям з удосконалення кримінального законодавства, оскільки Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності вже внесено зміни у деякі санкції статей (частин статей) Особливої частини КК України, що передбачають відповідальність за злочини середньої тяжкості — це санкції статей (частини статей) 178, 179, ч. 2 ст. 183, ч. 1 ст. 194, ч. 1 ст. 194-1, ч. 1 ст. 200, ч. 1 ст. 269, ч. 1 ст. 277, ч. 1 ст. 289, ч. 1 ст. 298, ч. 1 ст. 312, ч. 1 ст. 322, ч. 1, 2 ст. 344, ч. 1 ст. 346 КК України [12]».

При цьому слід указати, що, по-перше, завдяки внесеним змінам покарання у виді обмеження волі є альтернативою покаранню у виді позбавлення волі на певний строк; по-друге, розмір покарання у виді обмеження волі практично у всіх випадках, окрім ч. 1 ст. 277 КК України, співпадає з розміром покарання у виді позбавлення волі на певний строк.

Таким чином, аналіз внесених змін дозволяє виокремити такі тенденції:

покарання у виді обмеження волі є альтернативою покаранню у виді позбавлення волі на певний строк;

має місце співпадіння строків покарання у виді обмеження волі та покарання у виді позбавлення волі на певний строк щодо злочинів середньої тяжкості.

Разом із тим, залишається відкритим питання стосовно можливості застосування покарання у виді обмеження волі як альтернативи покаранню у виді позбавлення волі на певний строк при вчиненні неповнолітніми тяжких злочинів.

Про це свідчать не тільки наведені зміни, але й аналіз санкцій інших статей (частин статей) Особливої частини КК України, де за вчинення тяжких злочинів санкцією у більшості випадків передбачається покарання у виді позбавлення волі на певний строк без альтернативи застосування покарання у виді обмеження волі.

Стосовно покарання неповнолітніх такий підхід є не виправданим. Напрямок на обмеження застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк до неповнолітніх засуджених має бути магістральним напрямом кримінальної політики держави, тим більше, що він заданий основними положеннями міжнародно-правових актів у сфері покарання неповнолітніх.

Таким чином, виходячи з окреслених напрямів гуманізації кримінальної політики та зроблених нами пропозицій стосовно застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк, пропонується застосовувати до неповнолітніх засуджених покарання у виді обмеження волі за вчинення ними і тяжких злочинів.

Із цією метою слід: 1) виключити із ч. 3 ст. 61 словосполучення «до неповнолітніх», та 2) ввести ст. 101-1 до Кримінального кодексу України:

«Стаття 101-1. Обмеження волі

1. Покарання у виді обмеження волі полягає у триманні неповнолітнього, який досяг 14-річного віку, у спеціальному виправно-виховному центрі без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за ним нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці.

2. Обмеження волі встановлюється на строк від шести місяців до двох років шести місяців, а при вчиненні тяжкого злочину — до п'яти років.»

З метою широкого застосування цього виду покарання варто створити мережу виправно-виховних центрів у кожному регіоні України.

Висновки. Введення обмеження волі в систему покарань неповнолітніх слід розглядати, насамперед, як альтернативу покаранню у виді позбавлення волі. Подібне вирішення питання буде сприяти більш глибокій індивідуалізації покарання неповнолітніх, їх успішній ресоціалізації, і певною мірою сприятиме усуненню найбільш негативних наслідків масового застосування до неповнолітніх покарання у виді позбавлення волі на певний строк.

Подальший напрямок дослідження вбачаємо у розширенні можливостей системи покарань неповнолітніх.

Література:

1. Архів апеляційного суду Чернігівської області. Кримінальна справа №11 — 811/2006 р.
2. Энциклопедия уголовного права. / под ред. В.Б. Малинина. — СПб: Издание профессора Малинина, 2007. — Т. 8: Уголовная ответственность и наказание. — 798 с.
3. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2002 р. за даними судової статистики // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 3. — С. 40-55.
4. Судимість осіб та призначення мір кримінального покарання у 2003 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 4. — С. 28-33.
5. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції у 2003 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 5. — С. 23-39.
6. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2004 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. — 2005. — № 5. — С. 23-34.
7. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2005 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 6. — С. 33-47.
8. Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2006 р. (за даними судової статистики) // Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 6. — С. 30-44.
9. Стан здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2007 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 6. — С. 37-43.
10. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2008 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 5 (105). — С. 19-26.
11. Орловська Н.А. Стратегія держави щодо попередження злочинності неповнолітніх: деякі кримінально-правові аспекти // Ювенальна політика та ювенальна юстиція в сучасній державі: матеріали Міжнар. наук. конф. (Одеса, 21 — 22 верес. 2007 р.) / за заг. ред. Ю.М. Оборотова; ОНЮА. — О.: Фенікс, 2007. — С. 29-35.
12. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності: Закон України від 15 квітня 2008 № 270—VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 24. — Ст. 236.

Березовская Н.Л. Перспективы законодательного введения ограничения свободы несовершеннолетних

Аннотация. В статье на основе действующего законодательства Украины, статистических данных, практики применения ограничения свободы к несовершеннолетним доказывается необходимость введения в систему наказаний несовершеннолетних альтернативного наказания для лишения свободы — ограничение свободы несовершеннолетних. Приводится сравнительная характеристика этих двух видов наказания. Предложены изменения в уголовный кодекс Украины.

Ключевые слова: наказание несовершеннолетних, ограничение свободы, ограничение свободы несовершеннолетних.

Berezovska N.L. Prospects for the introduction of legislative restriction of liberty of minors

Summary. The article, based on current legislation of Ukraine, statistical data, the practice of restraint of liberty for minors need to have input into the penal system of alternative penalties for minors in prison — will limit minors. Driven comparative characteristics of these two punishments. The proposed amendments to the Criminal Code of Ukraine.

Key words: punishment of minors, restrictions on liberty, restriction of liberty of minors.

*Березовський А.А.,
к.ю.н., доцент, директор Інституту
національного та міжнародного права
Міжнародного гуманітарного університету*

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА ЗЛОЧИННІСТЬ

Анотація. В статті досліджено проблеми, пов'язані з теоретичними аспектами змісту кримінально-правового впливу, визначення та класифікації засобів кримінально-правового впливу, механізму кримінально-правового впливу тощо. На основі аналізу широкого кола позицій науковців з проблеми, доводиться необхідність широкого підходу до визначення кримінально-правового впливу.

Ключові слова: кримінально-правовий вплив, засоби кримінально-правового впливу, класифікація засобів кримінально-правового впливу.

Постановка проблеми. В науковій літературі останнім часом істотної актуальності набули теоретичні аспекти проблеми кримінально-правового впливу на злочинність. Зокрема, гострі дискусії точаться навколо визначення змісту поняття, мети кримінально-правового впливу, його функціональності, визначення та класифікації засобів кримінально-правового впливу, що, на наш погляд, є закономірним результатом відходу від домінування в доктрині кримінального права і законодавстві теорії кримінальної відповідальності, гуманізації кримінального законодавства, диференціації кримінально-правових засобів впливу та, в цілому, демократизації українського суспільства.

До цього слід додати, що в чинному КК України спостерігається певна неузгодженість основних концептуальних положень: в ч. 2 ст. 1 покарання визначається єдиним заходом впливу щодо осіб, які вчинили злочини, і не згадується про інші заходи кримінально-правового впливу, наприклад, загальні види звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування тощо.

Таким чином, в сучасних умовах назріла необхідність здійснення аналізу існуючих теоретичних уявлень щодо проблеми кримінально-правовий впливу на злочинність.

Аналіз останніх досліджень. До аналізу окремих аспектів зазначеної проблеми в науковій літературі звертались: В.М. Бурлаков, В.О. Туляков, А.І. Чучаєв, В.К. Дуюнов, А.С. Пунігов, С.Г. Келіна, О.В. Козаченко, В.О. Меркулова, І.І. Митрофанов, А.П. Фірсова та інші вчені.

Однак дискусія залишається відкритою, а проблема потребує подальшої теоретичної розробки.

Отже, **метою** даної статті є здійснення аналізу існуючих теоретичних поглядів на певні проблеми, пов'язані з кримінально-правовим впливом.

Виклад основних положень. Вивчення попередніх наукових здобутків щодо такого аспекту проблеми як сутність кримінально-правових заходів впливу дозволяє згрупувати їх у два основних підходи:

1) вузький, згідно якого до заходів кримінально-правового впливу відносять заходи, передбачені нормами кримінального права;

2) широкий, згідно якого кримінально-правовий вплив здійснюється не лише за допомогою кримінально-правових норм та їх реалізації, але і правосвідомості та правової культури.

У межах першого підходу під заходами кримінально-правового впливу розуміють засновану на законі діяльність правоохоронних органів, спрямовану на припинення і попередження злочинів, а так само на реалізацію відповідальності осіб, які їх вчинили [1, с. 34]. До цього визначення слід додати, що «вся система кримінально-правового впливу існує для утримання громадян від вчинення злочинів» [2, с. 59]. Таким чином, реалізація кримінально-правових заходів впливу, виступаючи єдиним механізмом, переслідує цілісну, але водночас бінарну мету: з боку компетентних суб'єктів здійснюється попередження злочинності; з боку громадян-потенційних правопорушників — утримання від протиправних дій.

У контексті «зв'язаності» із нормами кримінального закону заходи кримінально-правового впливу безспірно наділені такою ознакою, як нормативна визначеність. Саме ця ознака дозволяє відмежовувати їх від інших заходів, передбачених, наприклад, цивільним або адміністративним законодавством. Утім, на думку А.І. Чучаєва та А.П. Фірсової, нормативну визначеність не слід відносити до сутнісних ознак кримінально-правових заходів впливу. Вона в даному випадку є вторинною [3, с. 1330-1346].

Виходячи з того, що історично першою формою соціального впливу на злочинність було

покарання, у деяких дослідженнях можна зустріти твердження про те, що покарання є уособленням кримінально-правового впливу. Але фактично кримінологічним постулатом стало твердження, що мета кримінально-правового впливу — виправлення — не може бути досягнута лише за допомогою покарання. Для усунення цього недоліку розглядаються поряд із заходами покарання інші заходи впливу в межах кримінально-правової матерії. Власне така ідея не нова для теорії та практики кримінальної юстиції — подібні заходи можна знайти в історії кримінального законодавства та у сфері правозастосування деяких зарубіжних країн.

Наприклад, сама назва «Уложення про покарання кримінальні та виправні» свідчить про змістовне навантаження окрім безпосередньо каральних заходів, також і виправлене. У Кримінальних кодексах 1922 року та 1926 року термін «покарання» був змінений поняттям «заходи соціального захисту», у тому числі «медико-педагогічного характеру».

Сучасні надбання теорії та практики кримінальної юстиції дозволяють оперувати значно більшим масивом кримінально-правових заходів.

Положення про те, що покарання є не єдиним заходом кримінально-правового впливу знайшла своє легальне (нормативне) відображення. У ст. 2 КК РФ визначено, що за вчинення злочинів повинні встановлюватися покарання, а також інші заходи кримінально-правового характеру [4]. С.Г. Келіна пише, «...іншими заходами кримінально-правового характеру є примусові заходи, які пов'язані з певними правообмеженнями та застосовуються на підставі закону до осіб, визнаних винними у вчиненні злочину...» [5, с.57].

Більш розгорнуте визначення дається А.С. Пуніговим. Під іншими заходами кримінально-правового характеру він розуміє встановлені кримінальним законом заходи державного примусу, які застосовуються до осіб, що вчинили злочин, з метою відновлення порушених злочином суспільних відносин та попередження вчинення нових злочинів, а також до неосудних осіб, які вчинили суспільно-небезпечне діяння, з метою покращення їх психічного стану та попередження вчинення ними нових діянь, передбачених статтями Особливої частини КК РФ [6]. Перевагою визначення є те, що воно з певною долею умовності, але диференціює цільову спрямованість застосування заходів до різних категорій суб'єктів, тим не менш, на наш погляд, не вичерпує функціональних можливостей засобів кримінального права.

Щодо характеристики інших кримінально-правових заходів, в літературі висловлюється також думка про те, що вони «не відносяться за своїм змістом до кримінальної відповідальності. У разі

вчинення діяння особою, яка визнається суб'єктом злочину, інші кримінально-правові заходи можуть застосовуватись як альтернатива кримінальній відповідальності» [7, с. 28-40].

Раніше вже були здійснені спроби надати класифікацію кримінально-правових заходів на основі чинного в Україні кримінального законодавства та за допомогою нормативно прийнятої термінології. В якості критеріїв розглядалися: призначалося чи не призначалося покарання; виконувалося покарання чи реально не виконувалося; звільнення від покарання є безумовним чи остаточністю звільнення від покарання пов'язується із відповідною, визначеною законом поведінкою особи, покладанням на неї певних обов'язків, а отже є умовним звільненням; звільнення від покарання є імперативним (обов'язковим) чи дискреційним (віддано на розсуд суб'єкта) засобом вирішення питання про звільнення від покарання для суду тощо [7, с. 29]. А.Ф. Зелінський вважав кримінальну відповідальність та покарання самостійним стратегічним напрямком боротьби зі злочинністю та не включав її у структуру спеціально кримінологічного попередження. Але, разом з тим, визнавав, що суспільна небезпечність деяких діянь визначається передусім їх криміногенними властивостями, наприклад, втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, незаконне виготовлення, придбання, збут вогнепальної зброї тощо. Звідси впливає, що застосування відповідних статей Особливої частини КК набуває явно профілактичного значення [8, с. 133-134].

На основі вказаних вище критеріїв В.О. Меркулова та Д.С. Смоков пропонують усі заходи кримінально-правового впливу «класифікувати на трьох рівнях». Перший рівень передбачає визначення заходів впливу, які охоплюються (усі форми кримінальної відповідальності) та не охоплюються (примусові заходи виховного та медичного характеру) кримінальною відповідальністю. Другий рівень передбачає класифікацію засобів кримінально-правового впливу, які охоплюються поняттям кримінальної відповідальності — звільнення від покарання; звільнення від відбування покарання; звільнення від відбування покарання із випробуванням; призначення та реальне відбування покарання. Третій рівень класифікації стосується тих форм кримінальної відповідальності, які не пов'язані із реальним виконанням покарання [7, с. 30]. При усій слушності даної класифікації все ж таки варто визнати відсутність єдиного критерію такого розподілу (хіба що повна відповідність чинному законодавству). Крім того, не вбачається сенс у видаленні «рівнів» заходів, адже йде просто конкретизація, деталізація класифікації, не враховані деякі заходи, які також

можна вважати кримінально-правовими, наприклад, заміна покарання на більш м'яке (не можна не визнати, що такий захід буде з одного боку залежати, з іншого, мати вплив на потенційну злочинну поведінку або утримання від неї), і головне, як уявляється, вона не відображає цільове, функціональне призначення застосування тих чи інших заходів.

Спроба систематизації кримінально-правових заходів впливу була зроблена В.К. Дуюновим. Зокрема, він вказує, що кримінально-правовий вплив може здійснюватися в наступних формах, що визначаються особливостями змісту такого впливу на різних стадіях його механізму:

1. Прийняття та вступ у законну силу кримінально-правових норм (системи таких норм), що містять негативну оцінку (засудження) суспільно небезпечних діянь певних видів, які забороняють відповідні форми поведінки і загрозою застосування покарання здійснюють попереджувальний вплив на «нестійких» громадян. Також моральне, соціально-політичне та умовне юридичне засудження (осуд) вчиненого злочину, коли останній вчинено, але ще не виявлено, або подія злочину встановлена, але не викритий винний у його вчиненні, яке служить підставою для виникнення і розвитку відповідних кримінально-правових та кримінально-процесуальних відносин.

2. Звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин, з nereабілітуючих підстав, передбачених кримінальним законом, здійснюване постановою слідчого, органу дізнання, прокурора, судді (ухвалою суду) і є виразом негативної оцінки вчиненого злочину і осуду особи, яка його вчинила. У таких випадках особа звільняється від кримінальної відповідальності правозастосовним актом до суду або в судовій стадії до винесення вироку, стосовно нього не вноситься обвинувальний вирок, не призначається покарання, не настає судимість.

3. Притягнення винного до кримінальної відповідальності — його засудження обвинувальним вироком суду, поєднане: а) із звільненням його від призначення кримінального покарання; б) з призначенням покарання, але без його реального виконання; в) з призначенням покарання, його частковим реальним виконанням, але наступним звільненням від його подальшого виконання; г) із застосуванням відносно особи, яка вчинила злочин у неповнолітньому віці, примусових заходів виховного впливу або поміщення його у спеціальну виховну або лікувально-виховну установу для неповнолітніх; д) з призначенням і реальним виконанням кримінального покарання.

4. Специфічною формою кримінально-правового впливу на особу, яка засуджена обвинувальним

вироком суду за вчинення злочину, є надання такій особі особливого правового статусу — судимості протягом строку відбування покарання і більш того — терміну, вказаного в законі [9].

І. Звечаровський пропонує до числа заходів кримінально-правового характеру відносити тільки ті з мір, передбачених кримінальним законом, які самі собою є кримінально-правовими. Іншими словами, це ті заходи, застосування яких тягне за собою зміну кримінально-правового статусу особистості [10, с.20]. З огляду на викладене, із заходів кримінально-правового характеру він виключає примусові заходи медичного та виховного характеру. Науковець вважає, що для визначення заходів кримінально-правового характеру важливою є відповідь на запитання про те, що є підставою для їх застосування. Слід мати на увазі, що зміна правового статусу суб'єкта може бути наслідком не тільки злочинної, але і будь-якої поведінки, зокрема правомірної, яка має кримінально-правове значення. Проявом правомірної поведінки, наприклад, є добровільна відмова від доведення злочину до кінця, дійове каяття. З урахуванням викладеного, заходами кримінально-правового характеру визначаються заходи, передбачені кримінальним законом, які застосовуються до особи, яка вчинила злочин, та тягнуть зміну його кримінально-правового статусу безвідносно до юридичної природи посткримінальної поведінки [10, с.21]. До системи заходів кримінально-правового характеру належать: 1) підсистема видів звільнення від кримінальної відповідальності; 2) підсистема видів покарань (пом'якшення або посилення покарання, призначення більш м'якого покарання, умовне засудження, відстрочка відбування покарання вагітним жінкам та жінкам, які мають малолітніх дітей); 3) підсистема видів звільнення від покарання; 4) підсистема видів звільнення від відбування покарання; 5) підсистема видів заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, більш суворим, погашення та зняття судимості.

В.О. Туляков зазначає, що поруч із покаранням в діючому законодавстві де факто існують чотири групи заходів: безпеки, соціального захисту, компенсації, кримінально-правового заохочення. Заходи безпеки (спеціальна конфіскація, знищення майна, примусове лікування обмежено осудних, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх), заходи соціального захисту (примусові заходи медичного характеру, що застосовуються до неосудних осіб, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до малолітніх), заходи компенсації та реституції (потерпілим, в особливих випадках — третім особам та державі), засоби кримінально-правового заохочення застосовуються як підстави та форми

реалізації окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання, та як підстави пом'якшення покарання [11, с. 140].

Слід звернути увагу та підкреслити, що чинне кримінальне законодавство таку градацію ігнорує. Структура та зміст Кримінального кодексу України 2001 року свідчить про те, що вказані заходи розкидані по різних розділах та частинам КК. Видається, що саме це зумовлює плутанину із розмежуванням порядку, підстав та меж притягнення/непритягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування тощо.

Як ми вже зазначали, поряд із вузьким підходом до розуміння заходів кримінально-правового впливу, що втілює у собі конкретні предметно-сутнісні заходи, передбачені нормами кримінального права, існує більш широкий підхід. У межах цього підходу результат кримінально-правового впливу оцінюється не лише з позиції реалізації певних норм кримінального закону, але й дії інших «механізмів», пов'язаних із сферою кримінального права.

Так, С.А. Комаров розглядає правовий вплив як результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини як власне правових засобів (зокрема, норм права), так і більш «об'ємних» правових явищ (зокрема, правосвідомості) [12, с. 380]. У зв'язку з цим, варто брати до уваги та зазначати велику роль, яку відіграють у механізмі кримінально-правового впливу кримінально-правові норми, правовідносини, правозастосовчі акти та правова культура.

Висновки. Отже, як впливає із всього вищевикладеного, палітра наукових поглядів на теоретичні аспекти проблеми кримінально-правового впливу на злочинність є досить широкою. Ми є прибічниками досить широкого розуміння цієї категорії, тому **напрями подальших розробок** вбачаємо в дослідженні ролі кримінально-правових норм та правовідносин в механізмі кримінально-правового впливу.

Література:

1. Гришанин П.Ф. Современные проблемы уголовной политики и уголовно-правовой практики. — М., 1994. — С. 34-36.
2. Марцев А.И. Дialeктика и вопросы теории уголовного права.— Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1990. — 128 с.
3. Чуцаев А.И., Фирсова А.П. Уголовно-правовое воздействие: сущность и характеристика // Lex Russia (Научные труды МГЮА). — 2008. — №6. — С. 1330-1346.
4. УК РФ // Официальный сайт органов государственной власти РФ / <http://95.173.147.131/?searchres>
5. Келина С.Г. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Государство и право. — 2007. — №6. — С. 57-59.

6. Козаченко О. Сучасна кримінальна політика української держави: новації та традиції // Сучасні тенденції розвитку держави та права України: Збірник наукових праць. — 2007-2008. — Вип. 2. — С. 28-40.

7. Меркулова В.О., Смоков Д.С. Удосконалення системи кримінально-правового реагування держави на злочини: тенденції реформування // Південноукраїнський правничий часопис. — 2006. — №2. — С. 27-31.

8. Зелинский А.Ф. Криминология. Учебное пособие. — Х.: Рубикон, 2000. — 240 с.

9. Дуюнов В.К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика / В.К. Дуюнов. — М., 2003. — 546 с.

10. Звечаровский И. Понятие мер уголовно-правового характера // Законность. — 2007. — №1. — С. 19-21.

11. Туляков В. Шляхи гармонізації кримінального законодавства // Актуальні проблеми європейської інтеграції: зб. Статей з питань європейської інтеграції та права / за ред. Д.В. Ягунова. — Вип. 5. — Одеса: Фенікс, 2009. — С. 135-140.

12. Комаров С.А. Общая теория государства и права: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрайт, 1998. — 416 с.

Березовский А.А. Методологические предусловия исследования проблемы уголовно-правового влияния на преступность

Аннотация. В статье исследуются проблемы, связанные с теоретическими аспектами содержания уголовно-правового воздействия, определения и классификации средств уголовно-правового воздействия, механизма уголовно-правового воздействия и т.д. На основании анализа широкого круга мнений ученых по проблеме, доказывається необходимость широкого подхода к определению уголовно-правового воздействия.

Ключевые слова: уголовно-правовое воздействие, средства уголовно-правового воздействия, классификация средств уголовно-правового воздействия.

Berezovsky A.A. Methodological preconditions of research by problems of criminal-legal influence on crime

Summary. The article is devoted to the problems associated with the theoretical aspects of the content of the code of criminal-legal influence, definitions and classification of criminal-legal influence, the mechanism of criminal-legal influence, etc. On the basis of the analysis of a wide range of scientific opinions on the problem, it is proved the need for a broad approach to the definition of criminal-legal influence.

Key words: criminal-legal influence, means of criminal-legal influence, classification of criminal-legal influence.

*Вечерова Є.М.,
к. ю. н., викладач кафедри
кримінального права, процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ПРИМУС ТА ЗАОХОЧЕННЯ ЯК БАЗОВІ МЕТОДИ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ: СУЧАСНИЙ ВИМІР ПРОБЛЕМИ

Анотація. У статті розглядаються окремі аспекти кримінально-правового впливу. Робиться висновок про безгалузеву універсальність методів правового регулювання та про наявність двох базових методів реалізації кримінально-правового впливу: примусу та заохочення, які є парними кримінально-правовими категоріями.

Ключові слова: кримінально-правовий вплив, примус, заохочення.

Постановка проблеми. Трансформація системи кримінальної юстиції у напрямку її подальшої демократизації, гуманізації, посилення захисту прав і свобод людини вимагає дещо по-новому поглянути на ряд концептуальних моментів у цій сфері, які до недавнього часу носили суто догматичний характер.

Зокрема, як слушно підкреслює в своєму дисертаційному дослідженні Н.В. Генріх, «...сучасне кримінальне право повинно розумітися не як «публічне», а як «переважно публічне право», в якому органічно поєднуються приватні та публічні інтереси, і відповідно приватно-правові (диспозитивні) та публічно-правові (імперативні) способи правового регулювання» [1, с. 15].

Аналіз останніх досліджень свідчить про поліаспектність заявленої тематики, окремі складові якої відносно нещодавно почали висвітлюватися не лише в кримінально-правовому та кримінологічному ракурсах (Хлистова Н.Б., Хряпінський П.В.), а й в межах таких дисциплін, як теорія держави та права (Гущіна Н.А, Малько О.В., Шевчук О.М.), філософія права (Кабальський Р.О.), адміністративне право (Шемелін Д.А.) і т.д. Однак наукові розробки зазначених правників не вичерпують всю складність даної проблематики, але, безумовно, створюють фундаментальну базу для її подальшого дослідження. Більшість же розробок у цьому напрямку здійснювалися у минулому столітті та не могли врахувати специфіку реалій сьогодення.

З огляду на зазначене, **метою даної статті** є переосмислення окремих сутнісних характеристик кримінально-правового впливу та інструментарію його реалізації.

Виклад основних положень. Оскільки вплив — це об'єкт-суб'єктні відносини, які передбачають активний характер взаємодії об'єкта та суб'єктів впливу, остільки постає питання про можливість ототожнення понять «кримінально-правовий вплив» та «кримінальний примус» [2].

Уособлення в кримінальному праві, як типовому регуляторі публічно-правової сфери, найбільш жорстких засобів державного примусу має глибокі історичні витоки і пов'язане з приналежністю правової системи України до східноєвропейської традиції права. Як йдеться з цього приводу в спеціальній літературі, «...характерна особливість східноєвропейської традиції права... полягає в наголошуванні на всебічному врахуванні публічного інтересу і переважанні останнього, підкреслюванні необхідності виконання обов'язків, як умови чи навіть передумови реалізації права, чим мотивується можливість широкого застосування державного примусу як елемента механізму забезпечення належного функціонування правової системи, а разом з тим, і соціальної системи в цілому» [3, с. 6].

Наведена вище позиція в певній мірі корелює з точкою зору про те, що кожній галузі права притаманний специфічний метод правового регулювання, який одночасно є вирішальним критерієм поділу права на приватне та публічне [4, 7].

Разом із тим існує й інша думка, відповідно до якої існування галузевих методів навряд чи можливе. Є загально-правові методи правового регулювання, що діють в кожній галузі права зі своєю специфікою прояву.

Так, О.В. Малько пише про те, що примус та переконання (заохочення) — універсальні методи соціального управління, які втілюються у праві в двох відповідних методах — імперативному та диспозитивному [5, с. 107-108].

Р.О. Кабальський доводить, що нормативність права, виражаючи належність, передбачає не примус, а скоріше примусовість (обов'язковість) веління права, тому державний примус є не конститутивною, а субсидіарною ознакою права (обумовленою самою природою людини та відсутністю

нормальної правосвідомості), оскільки існування права стає передумовою появи держави як форми його захисту [6, 12].

Д.А. Шемелін на прикладі наявності елементів диспозитивності в сучасному адміністративному праві висуває тезу про те, що складність структури засобів впливу в межах конкретного методу правового регулювання галузі права досягла такого рівня, за якого уже виникають певні сумніви у «чистоті» методів більшості галузей права за відомою дихотомічною класифікацією [7, с. 454].

Н.В. Генріх обґрунтовує необхідність розмежування таких понять, як «метод», «спосіб» та «прийом» правового регулювання. На її думку, існує обмежена кількість первинних прийомів впливу права на відносини між людьми. Соціально небезпечні варіанти поведінки держава забороняє, соціально корисні — дозволяє, соціально необхідні — приписує. Ці прийоми правового регулювання самі по собі не мають галузевих відмінностей і єдині в будь-якій ділянці правової системи країни. Узяті в єдності заборона, дозвіл і припис виступають як внутрішні складові частини єдиного методу правового регулювання, який використовується у всіх галузях права. Однак оскільки конкретні прояви цих прийомів в різних галузях неоднакові, остільки і пропорції між ними в кожній з галузей різні, що багато в чому пояснюється специфікою предмету і цілей галузевого регулювання [1, с. 40-41]. Продовжуючи свої розмірковування щодо можливості специфічної комбінації прийомів правового регулювання в рамках конкретної галузі, вчена пропонує наступну класифікацію способів кримінально-правового регулювання: імперативні та диспозитивні — в залежності від особливостей правового статусу суб'єктів відносин; каральні, відновлювальні та превентивно-захисні — в залежності від змісту застосовуваних заходів кримінально-правового впливу [1, с. 41-48].

Як бачимо, безгалузева універсальність методів правового регулювання — одна з об'єктивних тенденцій розвитку системи права, яка свідчить про взаємозв'язок публічно-правових та приватно-правових засад між собою.

Чим досконаліше право, тим більш диференційовано воно регламентує конкретні питання суспільного життя [8, с. 41-48].

У цьому сенсі доцільно зауважити, що примус — лише один із методів реалізації кримінально-правового впливу, поряд із заохоченням. Примус виражається в позбавленні людини певних благ (від майна до свободи) та застосовується до осіб, які переступили межу дозволеного. Заохочення ж — до осіб, які відчувають каяття, прагнуть повернутися до чесного, законслухняного життя та здійснюють у цьому напрямку конкретні активні

кроки, що знаходять схвалення з боку суспільства. Виражається воно у звільненні від обтяжень, які застосовуються (або можуть бути застосовані) до особи у зв'язку з вчиненим діянням [9, с. 41-48].

Без примусу кримінальне право перестає бути кримінальним при нинішньому рівні розвитку суспільної моралі і суспільних відносин. Без заохочення кримінальна юстиція втрачає сенс, оскільки будь-які активні зусилля людини залагодити свою провину перед суспільством не будуть отримувати підкріплення та, зрештою, почнуть поступово згасати, покарання буде носити виключно відплатний характер [10, 75].

Отже ми цілком поділяємо позицію щодо галузевої специфіки кримінально-правового заохочення, яка полягає у тому, що заходи кримінально-правового заохочення, як правило, не надають винагороди, а усувають обтяження у відповідь на активне та сумлінне виконання обов'язку (зокрема, зазначеного в законі) [11, с. 13; 12, с. 46] або певних дій, з якими законодавець пов'язує можливість встановлення позитивних ознак особистості [13, с. 75]. Внаслідок зазначеної особливості кримінально-правового заохочення можна вважати, що йому притаманна примусовість (в сенсі обов'язковості виконання зобов'язань з боку правопорушника для того, щоб мати право розраховувати на заохочення), адже для реалізації заходів заохочення необхідно утримувати в певних межах інтереси осіб, які є небажаними для держави та суспільства [8, с. 53].

Висновки. Таким чином, сприйняття буття примусу та заохочення в органічній єдності, розуміння їх як парних кримінально-правових категорій, дає можливість констатувати наявність двох базових методів реалізації кримінально-правового впливу: примусу та заохочення.

Література:

1. Генрих Н.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования : автореф. дис. на соиск. учен. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». — Рязань, 2011. — 62 с.
2. Дуюнов В.К. О совершенствовании содержания и структуры уголовного закона. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.sartraccc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/duyunov\(18-04-07\).htm/](http://www.sartraccc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/duyunov(18-04-07).htm/)
3. Шевчук О.М. Засоби державного примусу у правовій системі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень». — Харків, 2003. — 18 с.
4. Гончарук О.В. Дихотомія права: право публічне та право приватне: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень». — К., 2006. — 18 с.
5. Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2002. — 300 с.
6. Кабальський Р.О. Нормативність права як предмет філософського аналізу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права». — Харків, 2008. — 18 с.
7. Шемелін Д.А. Диспозитивність в адміністративному праві — нові ознаки методу правового регулювання // Форум права. — 2008. — №1. — С. 453-458.
8. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2005. — 250 с.
9. Сабитов Р.А. Посткриминальное поведение (понятие, регулирование, последствия). — Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1985. — 192 с.
10. Голик Ю.В. Метод уголовного права // Журнал российского права. — 2000. — № 1. — С. 69-75.
11. Хлистова Н.Б. Заохочення суспільно корисної мотивації: кримінально-правові та криминологічні аспекти: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право». — К., 2008. — 22 с.
12. Щедрин Н.В., Кылина О.М. Российское уголовное право в контексте доктринальных моделей построения уголовно-правовых санкций // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. — 2008. — №3. — С. 40-49.
13. Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: теоретичні, законотворчі та правозастосовні проблеми: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право». — Х., 2010. — 39 с.

Вечерова Е.Н. Принуждение и поощрение как базовые методы реализации уголовно-правового воздействия: современное измерение проблемы

Аннотация. В статье рассматриваются отдельные аспекты уголовно-правового воздействия. Делается вывод о безотраслевой универсальности методов правового регулирования и о наличии двух базовых методов реализации уголовно-правового воздействия: принуждения и поощрения, которые являются парными уголовно-правовыми категориями.

Ключевые слова: уголовно-правовое воздействие, убеждение, принуждение.

Vecherova E.M. Coercion and promotion of the basic methods of realization of criminal-legal influence: modern problems of measurement

Summary. The article considers some aspects of criminal-legal influence. The conclusion is made about the non-branch of law of the universality of the methods of legal regulation and the existence of two basic methods of realization of criminal-legal influence: coercion and promotion, which are paired criminal-legal categories.

Kew words: criminal-legal influence, persuasion, coercion.

Загурський О.Б.,

к. ю. н.,

*доцент кафедри кримінального права Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника*

ПРОФІЛАКТИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДУ

Анотація. Кримінологічна політика є підсистемою державної політики у сфері боротьби зі злочинністю. Для вирішення комплексної задачі здійснення профілактичної діяльності суду необхідно об'єднати профілактичні заходи, які відносяться до заходів кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої та кримінологічної політики. Основні напрями профілактичної діяльності суду здійснюються в основному на судових стадіях кримінального процесу.

Ключові слова: кримінально-процесуальна політика, кримінологічна політика, суд, профілактична діяльність

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями. На сьогоднішній день, у зв'язку з проведенням судово-правової реформи в Україні, суди, поряд з виявленням і усуненням причин і умов, що сприяють вчиненню злочинів та інших правопорушень, повинні підвищувати якість розгляду кримінальних справ, більше уваги приділяти культурі судових процесів, їх запобіжно-виховному впливу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми. Окремі кримінологічні аспекти профілактичної діяльності суду були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних вчених: А.І. Алексеєва, Г.А. Аванесова, Ю.М. Антоняна, Л.В. Багрій-Шахматова, С.П. Бузиної, В.М. Васильченко, О.В. Волжаніна, Н.І. Гуковської, А.М. Жукова, І.М. Даньшина, О.М. Джужі, А.П. Закалюка, Г.Б. Калманова, В.П. Кашепова, Ю.Ф. Лубшева, Г.М. Мінковського, А.Г. Михайлянца, П.П. Михайленко, О.Р. Михайленко, Л.М. Прозументова, Л.С. Сімкіна, С.Л. Скутіна, Ф.П. Фурсової, А.В. Шеслера, С.Ф. Шірінського та ін.

Аналіз праць вищевказаних авторів свідчить про те, що дослідження проблем профілактичної діяльності суду проводилася лише на основі раніше діючого кримінального, кримінально-процесуального та адміністративного законодавства, практики його застосування і без врахування тих соціально-економічних та політичних перетворень, які відбуваються останнім часом в Україні. До того ж, в Україні відсутні сучасні монографічні

дослідження, які б враховували сучасний стан розробки кримінально-процесуальної та кримінологічної політики України, реформування кримінально-процесуального законодавства і законодавства в сфері профілактики злочинності, а також практики його застосування.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою даного дослідження є формулювання авторських підходів щодо розуміння правової природи інституту профілактичної діяльності суду в контексті взаємозв'язку кримінально-процесуальної та кримінологічної політики України, з'ясування специфіки та особливостей контролю за виконанням окремих постанов (ухвал) суду як кримінально-процесуального засобу реагування на виявлення причин та умов, які сприяли вчиненню злочину.

На початку 90-років ХХ ст. внаслідок одностороннього трактування правозахисної діяльності суду, перебільшеного розуміння його незалежності, місця суду в системі державних органів, намітилась тенденція щодо обмеження попереджувальних функцій судової системи.

Профілактична діяльність суду впливає з аналізу ст. 68 Конституції України, відповідно до якої, «кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» [1].

Профілактична діяльність суду реалізується в таких напрямках:

- 1) профілактична діяльність суду в стадії попереднього розгляду справи суддею;
- 2) профілактична діяльність суду в стадії судового розгляду та інших судових стадіях;
- 3) профілактичне значення окремих постанов (ухвал) суду.

На думку, О.Р. Михайленка, «повноваження суду дають йому необмежену можливість знову звернутися до матеріалів досудового розслідування, правильно їх оцінити, перевірити увесь режим законності його проведення і в результаті прийняти вірне рішення, забезпечити законність і справедливість, вжити заходів щодо недопущення порушень законності в майбутньому шляхом внесення окремих ухвал» [2, 279].

– профілактична діяльність суду в стадії попереднього розгляду справи суддею. Профілактичні можливості стадії попереднього розгляду справи суддею визначаються, насамперед, місцем, яке вона займає в кримінальному процесі, передуючи судовому розгляду і виконуючи функцію судового контролю по відношенню до стадії досудового розслідування. На нашу думку, від того, наскільки повно в даній стадії будуть використані профілактичні можливості, залежить всестороннє здійснення попереджувальних мір на наступних етапах кримінального процесу.

До того ж, винесення на публічний суд кримінальної справи, яка законно і обґрунтовано порушена та розслідувана, має важливе виховне значення і переконує як підсудного, так і інших громадян в справедливості системи кримінальної юстиції і невідворотності призначеного покарання за вчинений злочин.

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 6 «Про практику застосування кримінально-процесуального законодавства при попередньому розгляді кримінальних справ у судах першої інстанції», «передбачений главою 23 Кримінально-процесуального кодексу України попередній розгляд справи є важливою самостійною стадією кримінального процесу, в якій суддя зобов'язаний у строки, визначені в статті 241 КПК, на підставі ретельного вивчення матеріалів справи перевірити, чи достатньо підстав для призначення справи до судового розгляду. Прийняттю рішення про призначення справи до судового розгляду у справі, що надійшла від прокурора, передуює послідовне з'ясування суддею питань щодо кожного з обвинувачених, передбачених статтею 237 КПК» [3].

Питання профілактики злочинності не повинні залишатися поза увагою суду і у випадках зупинення та закриття кримінальних справ (ст. 248-249 КПК), адже усуненню підлягають усі криміногенні фактори, навіть незважаючи на акт амністії чи помилування. У зв'язку з цим, М.М. Гультай зазначає, що «у стадії попереднього розгляду справи суддею, суддя може вжити заходів до виправлення лише наступних помилок досудового розслідування: 1) помилок, пов'язаних з порушенням вимог закону до порядку порушення кримінальної справи й досудового розслідування; 2) помилок, пов'язаних з непритягненням до кримінальної відповідальності інших, крім обвинуваченого, осіб і за наявності підстав кваліфікації дій обвинуваченого за статтею КК, що передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, або для пред'явлення йому обвинувачення, що до цього не було пред'явлено» [4, 23].

– профілактична діяльність на стадії судового розгляду. Відзначаючи важливе значення цієї стадії судового розгляду, у своїй Постанові від 27.12.1985 р. № 11 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ», Пленум Верховного Суду України звернув увагу суддів на «необхідність неухильного додержання кримінально-процесуального законодавства при розгляді справ, установлених законом процесуальних гарантій всіх учасників судового розгляду, маючи на увазі, що лише за таких умов можна забезпечити всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи, виявлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочинів...» [5].

Однією з конституційних засад кримінального судочинства визначається гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. В Законі України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів» в ч. 1-2 ст. 11 «Гласність і відкритість» зазначено про те, що «ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Кожен, хто є стороною у справі, має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом. Розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, установлених процесуальним законом» [6].

Засада гласності кримінального судочинства має важливе профілактичне значення, яке проявляється у формуванні правосвідомості громадян, утвердження довіри до правосуддя, забезпеченні виховного впливу судового процесу як на підсудних, так і на інших учасників, в тому числі громадян, як в залі судового засідання, так і поза нею, включаючи засоби масової інформації. З іншого боку, зміст засади гласності слід розглядати як своєрідний громадський контроль по відношенню до діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, адвокатури і суду, виявлення недоліків, слідчих і судових помилок з метою удосконалення їх професійної діяльності, підвищення кваліфікації.

Мета і завдання судового розгляду, а також процесуальні засоби їх досягнення забезпечують широкі можливості здійснення профілактичної функції суду у вирішальній стадії кримінального процесу. Оскільки поєднання принципів гласності і відкритості судового процесу із принциповими умовами (положеннями) судового розгляду: безпосередності, усності, безперервності створюють умови для ефективного виховного впливу.

Крім того, безпосереднє сприйняття змісту і процедури процесу сприяє формуванню у громадян оціночних понять про все побачене і почуте

у суді, а звідси впливає, що правильне ведення судового розгляду забезпечується цільовою спрямованістю даної стадії.

Не випадково, чинне кримінально-процесуальне законодавство, вказує на обов'язок головуючого в судовому засіданні забезпечити виховний вплив судового розгляду. Так, в ст. 260 КПК України зазначається, що «головуючий в судовому засіданні керує судовим засіданням, спрямовуючи судове слідство на забезпечення здійснення сторонами своїх прав, усуває з судового слідства все те, що не стосується розглядуваної справи, і забезпечує високий рівень судового процесу» [7].

Тим не менше, інтереси профілактики вимагають виявлення і усунення причин і умов, які сприяли вчиненню злочинів, тому, на нашу думку, доцільно конкретизувати його обов'язок щодо керівництва судовим засіданням з тим, щоб по кожній справі в повному обсязі з'ясувалися криміногенні фактори, а це, в свою чергу, забезпечить ефективність судового розгляду.

Постановлення вироку є заключною і завершальною частиною судового розгляду. Вирок є процесуальним актом, у якому в найповнішій формі відображається головна функція суду — вирішення кримінальної справи. Вирок суду, який постановлений іменем держави, в умовах реалізації конституційних засад кримінального судочинства має важливе суспільно-політичне значення, оскільки виражає відношення держави до осіб, які вчинили злочини.

У зв'язку з цим, відповідно до ст. 50 Кримінального кодексу України, «покарання має на меті не тільки кару, але й виправлення засуджених, а також запобігання вчинення новим злочинам, як засудженими, так і іншими особами» [8].

На нашу думку, ефективність вироку в профілактиці злочинів обумовлюється, в першу чергу, законністю, обґрунтованістю, мотивованістю судового рішення. Коновалов О.Л. та Корунчак Л.А. до зовнішніх властивостей вироку відносять законну силу, загальнообов'язковість та преюдиціальність [9, 447].

Проте, можна стверджувати, що законний і обґрунтований вирок з етичної точки зору повинен бути справедливим. Адже, не тільки правова, але й етична сторона вироку закріплює норми права і норми моралі в кримінальному судочинстві, а це, в свою чергу, посилює його виховний та попереджувальний вплив.

Так, відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 29.06.1990 р. № 5 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку», «по кожній кримінальній справі з

достатньою повнотою повинні встановлюватися час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину; форма вини, спрямованість умислу, мотиви злочину, його наслідки, характер і розмір заподіяної шкоди; обставини, що впливають на ступінь і характер відповідальності, та інші обставини, що характеризують особу підсудного» [10].

— профілактичне значення окремих постанов (ухвал) суду. Спеціальна профілактична функція суду в силу вимог ст. 23², 340 КПК України реалізується за допомогою винесення окремих ухвал (постанов), якими звертає увагу державних органів, громадських організацій або посадових осіб на встановлені по справі факти порушення закону, причини і умови, які сприяли вчиненню злочину і вимагають вжиття відповідних заходів. Аналогічними повноваженнями відповідно до ст. 380 і ст. 400² КПК України, наділений суд апеляційної та касаційної інстанції. Відповідно до ст. 340 КПК України, «суд, що розглядає справу по першій інстанції, при наявності підстав, передбачених статтею 23² КПК України, виносить окрему ухвалу, а суддя — окрему постанову» [7].

Винесення судами окремих ухвал передбачено також у Кримінально-процесуальних кодексах Російської Федерації (п. 4 ст. 29); Республіки Білорусь (п. 3-4 ст. 33), Республіки Казахстан (п. 4-5 ст. 59) [11; 12; 13].

Суд ініціює процес усунення і нейтралізації, виходячи з відповідних об'єктивних даних, зібраних на досудовому слідстві, перевірених та оцінених на судовому слідстві в судовому засіданні, про причини і умови, які сприяли вчиненню конкретного злочину.

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 від 28.03.2008 р. «Про практику винесення судами окремих ухвал (постанов) у кримінальних справах» визначено, що «суд, крім виконання функцій, пов'язаних із безпосереднім вирішенням судових справ, уповноважений виносити окремі ухвали (постанови), які мають бути ефективним засобом дотримання законності, забезпечення судом захисту прав і свобод людини» [14].

З метою усунення причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів, а також з інших підстав суди постановили в 2010 р. майже 6,2 тис. окремих ухвал, що на 3,5% більше порівняно з 2009 р.; проте, їх частка серед справ, провадження в яких закінчено, — лише 3,1% [3,2%]. Найбільша питома вага окремих ухвал у судах областей: Закарпатської — 8,8% [9,0%], Вінницької — 8,7% [8,6%], Волинської — 7,2% [9,7%], Полтавської — 7,2% [6,6%]. Найменше на виявлені під час розгляду справ недоліки постановленням окремих ухвал реагували суди областей: Рівненської — 0,9% [1,1%], Хмельницької

– 0,9% [1,1%], Тернопільської – 1,3% [1,2%], Миколаївської – 1,4% [1,4%], Одеської – 1,4% [1,4%], Черкаської – 1,4% [2,5%]. До судів надійшли повідомлення про вжиті заходи за 4,2 тис. окремих ухвал, що становить 68,1% [70,5%] від кількості постановлених [14].

Таким чином, відповідно до ст. 23² КПК України, суд зобов'язаний винести окрему ухвалу (постанову) при встановленні фактів порушення закону та причин і умов, що сприяли вчиненню злочину і вимагають вжиття відповідних заходів, до того ж окрема ухвала (постанова) відповідно до чинного КПК повинна бути обґрунтована і вмотивована.

Даючи рекомендації в окремій ухвалі (постанові) про вжиття заходів для усунення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину, суд не вправі втручатися в оперативну і господарську діяльність підприємства, установи, організації чи наперед вирішувати, яке конкретно стягнення необхідно накласти на особу, винну у створенні причин та умов, що сприяли вчиненню злочину. У випадку, коли у справі є подання слідчого про вжиття заходів для усунення причин і умов, які сприяли вчиненню злочину, або щодо інших підстав, передбачених у ст. 23² КПК, суд, розглядаючи справу, може з'ясувати, що конкретно зроблено для виконання подання. Якщо необхідних заходів не вжито, суд може постановити окрему ухвалу (постанову) [14].

Аналіз ч. 2 ст. 23¹ КПК України показує, що суд має право, але не зобов'язаний, винести окрему ухвалу (постанову) при виявленні судом порушень прав громадян та інших порушень закону, допущених при провадженні дізнання, досудового слідства або при розгляді справи нижчестоящим судом. До таких фактів можна віднести (незаконне притягнення особи до кримінальної відповідальності, затримання, взяття під варту або інші порушення прав і законних інтересів, які були допущені під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, провадження дізнання та досудового слідства).

У 2011 р. Верховним Судом України було проведено аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції в 2010 р. Таким чином, у 2010 р. кількість окремих ухвал, постановлених судами за фактами порушення законності при провадженні дізнання чи досудового слідства, залишилася на рівні 2009 р. і становить майже 2 тис. таких ухвал, їх питома вага становить 39,1% [40,8%] від кількості справ, що були направлені на додаткове розслідування. На виявлені істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону, допущені у справах під час проведення досудового слідства, недостатньо реагують

окремими ухвалами суди областей: Харківської, які повернули на додаткове розслідування 503 справи, а окремих ухвал постановили лише 32, або 6,4% [13,3%]; Одеської – відповідно 284 справи, а окремих ухвал – лише 43, або 15,1% [7,8%]; Кіровоградської – 211 справ, а окремих ухвал – лише 34, або 16,1% [14,1%], а також м. Києва – 500 справ, а окремих ухвал – лише 74, або 14,8% [19,4%]. Суди м. Севастополя повернули на додаткове розслідування 65 справ, що на 18,2% більше, ніж у 2009 р., але не постановили жодної окремої ухвали [15].

Окрему ухвалу може бути винесено при виявленні порушень прав обвинуваченого, підсудного, потерпілого та решти учасників процесу, а також інших порушень закону, допущених під час проведення дізнання, досудового слідства або розгляду справи судом першої інстанції. При цьому апеляційний суд не вправі встановлювати чи вважати доведеними факти, що були відкинуті вироком, постановою, або виносити ухвалу, яка ставить під сумнів законність та обґрунтованість залишених без зміни вироку або постанови [15].

В 2010 р. апеляційні загальні суди постановили 764 окремі ухвали, що на 14,4% менше, ніж у 2009 р., із них за виявленими фактами порушення закону, допущеними суддями місцевих судів, – 378 окремих ухвал, що також на 22,2% менше [15].

Звичайно, що одного винесення окремої ухвали (постанови) суду першої інстанції, *ухвали суду апеляційної та касаційної інстанції є недостатньо в контексті виконання мети запобігання вчиненню злочинів. З іншого боку, суди повинні систематично проводити суворий контроль на предмет своєчасності, ефективності та повноти виконання відповідних судових рішень, і у випадку невиконання, несвоечасного чи неповного виконання, залишення без розгляду, невжиття відповідних заходів щодо усунення причин і умов, які сприяли вчиненню злочину, притягати винних осіб до адміністративної відповідальності.*

Висновки. Таким чином, суд є суб'єктом кримінологічної політики, і в силу цього, суб'єктом спеціального попередження, головним завданням якого є ефективна реалізація кримінально-процесуальної та кримінологічної політики в частині виявлення причин та умов, які сприяли вчиненню злочину, вжиття заходів щодо їх усунення, узагальнення судової практики та судової статистики, правова пропаганда, координація своєї діяльності з іншими суб'єктами профілактичної діяльності.

Література:

1. Конституція України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96>.
2. Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан. Научно-практическое издание. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 448 с.
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 6 «Про практику застосування кримінально-процесуального законодавства при попередньому розгляді кримінальних справ у судах першої інстанції» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0006700-08>.
4. Гультай М.М. Виявлення і виправлення слідчих та судових помилок у кримінальному процесі України: автореф...канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. — К., 2008. — 19 с.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.12.1985 р. № 11 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0011700-85>.
6. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=2453-17>.
7. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.nau.ua/doc/?code=1001-05,%201002>.
8. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2341-14>.
9. Коновалов О.Л. Кримінально-процесуальне значення властивостей вироку суду // Юридичний вісник Причорномор'я. — № 2 (2). — 2011 р. — С. 440-449.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.06.1990 р. № 5 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0005700-90>.
11. Уголовно-процесуальний кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.goskodeks.ru>.
12. Уголовно-процесуальний кодекс Республики Беларусь [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=hk9900295>.
13. Уголовно-процесуальний кодекс Республики Казахстан [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.kz/211945-ugolovno-processualnyjj-kodeks-rk-2011.html>.
14. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28.03.2008 р. № 3 «Про практику винесення судами окремих ухвал (постанов) у кримінальних справах» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0003700-08>.
15. Аналіз здійснення стану судочинства судами загальної юрисдикції в 2010 р. (за даними судової статистики). — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsi/0/4034B350D7EB0B50C22578AF00236>.

Загурский А.Б. Профилактическая деятельность суда

Аннотация. Криминологическая политика является подсистемой государственной политики в сфере борьбы с преступностью. Для решение комплексной задачи осуществления профилактической деятельности суда необходимо объединить профилактические меры, которые относятся к мерам уголовно-правовой, уголовно-процессуальной, уголовно-исполнительной и криминологической политики. Основные направления профилактической деятельности суда осуществляются в основном на судебных стадиях уголовного процесса.

Ключевые слова: уголовно-процессуальная политика, криминологическая политика, суд, профилактическая деятельность

Zagurskyy O.B. Prophylactic activity of court

Summary. A criminology policy is the subsystem of public policy in the field of fight against criminality. For the decision of complex task of realization of prophylactic activity of court it is needed to connect prophylactic measures that behave to the measures of criminal-legal, criminal-procedural, criminal-executive and criminology policies. Basic directions of prophylactic activity of court are realized mainly on the judicial stages of criminal procedure.

Key words: criminal-procedural policy, criminology policy, court, prophylactic activity

*Мавед О.О.,
к. ю. н., доцент кафедри
кримінального права, процесу та криміналістики
Міжнародного гуманітарного університету*

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ БИМЕДИЦИНЫ

Аннотация. Успешное развитие биологии и медицины открывает неограниченные возможности для человека. Трансплантология дает возможность продления жизни и лечения многих ранее неизлечимых болезней. Потребность в пересадке органов и тканей человека постоянно возрастает. В связи с криминализацией данного процесса возникла потребность в более четком правовом регулировании трансплантологии органов и тканей человека, решение морально-этических проблем.

Ключевые слова: медицина, трансплантология, преступление

Постановка проблемы. Стремительное развитие биологии и медицины дало человеку возможность продления жизни. Генная инженерия, трансплантация органов и тканей человека, создание совершенно новых методов лечения, лекарственных средств, для профилактики и лечения злокачественных заболеваний открыли перед человечеством возможности расширения его влияния на те или иные процессы и болезни, которые раньше считались неизлечимыми. Развитие новых направлений в области биологии и медицины привело к появлению массы проблем, в том числе морально-этического характера, правового регулирования этих отношений в сфере оказания медицинских услуг.

Анализ последних исследований. Результаты исследований в генетике, молекулярной биологии, иммунологии, трансплантологии привлекают к себе внимание юристов, философов, политиков, в частности исследованием данной темы занимались Пунда О., Степанова Е.Н., Чеботарева Г.В. и другие. Результаты медико-биологических исследований зашли слишком далеко, и их регулирование уже не может оставаться компетенцией только медиков, генетиков и биологов.

Одной из основных **задач** в данной сфере на сегодняшний день является более четкое и конкретное правовое регулирование вопросов, возникающих в связи с применением достижений биологии и медицины для предотвращения возможных злоупотреблений. Бурное развитие биотехнологий, может оказать не только положительное, но в некоторых случаях и отрицательное воздействие на человека, что в определенной мере затрагивает

его права, такие как право на жизнь, здоровье, квалифицированную медицинскую помощь и др. Правовое регулирование, нормирование всего комплекса проблем, которые возникают в области биомедицинских технологий, ощутимо отстаёт от темпов развития научно-технического прогресса. В результате многие достижения биомедицины, в силу своей крайней необходимости, начинают применяться, так и не получив надлежащей правовой регламентации, что влечёт самые серьёзные последствия, связанные с нарушением прав человека. Отсутствие должной законодательной базы, в свою очередь, тормозит развитие самих биомедицинских технологий, в том числе и тех, без которых в настоящее время эффективная медицинская помощь не может быть оказана. Сложившаяся ситуация характерна для многих стран, в том числе и Украины. Однако, если в ряде европейских государств оперативно предпринимаются меры по устранению пробелов в законодательстве, то в Украине этот процесс идет с большим опозданием, что создает возможность проведения неконтролируемых экспериментов на людях в области биомедицины. Всё это обуславливает потребность в обеспечении своевременного и последовательного правового регулирования биомедицинской деятельности.

Изложение основного материала. Вопросы трансплантации биологического материала человека вначале рассматривались международным правом и нашли свое отражение в международно-правовых документах.

Среди них — Декларация «О Трансплантации человеческих органов» принятая 39-й Всемирной Медицинской Ассамблеей в Мадриде, Испания в октябре 1987 году, где были освещены принципы осуществления трансплантации для врачей, участвующих в процессе пересадки биологического материала человека, а также поднимался один из важнейших вопросов — запрет на покупку и продажу человеческих органов [3].

В том же, 1987 году на 40-й ассамблее ВОЗ была принята резолюция WHA 40.13 «Разработка основных принципов пересадки органов человека».

В 1989 году на 42-й ассамблее ВОЗ — резолюция WHA 42,5 «О запрете купли-продажи человеческих органов».

В 1995 был принят Закон Украины «Про донорство крови и её компонентов» №23 [2]. В 1999 году в Украине Верховной Радой был принят Закон «О трансплантации органов и других анатомических материалов» [5]; Указ Президента Украины № 672 «Про межведомственную комиссию по вопросам биологической и генетической безопасности при Совете национальной безопасности и Обороны Украины» от 23.06.2004; Наказ №155.24 12.03.09 Про затвердження заходів МОЗ та АМН України щодо виконання Державної цільової соціальної програми «Трансплантація» на період до 2012 року [4].

Постановлением Кабинета Министров Украины от 24 апреля 2000 года «О некоторых вопросах реализации Закона Украины «О трансплантации органов и других анатомических материалов человека» утвержден перечень учреждений здравоохранения, которые имеют право осуществлять трансплантацию органов и других анатомических материалов человека [7].

Первое упоминание об успешной трансплантации органов относится к 1912 году. Успешную операцию провел француз А. Каррель. В 1934 году Ю. Вороной провел операцию по трансплантации трупной почки. В 1967 году К. Барнард, кардиолог из Кейптауна провел операцию по пересадке сердца [12].

Важным правовым вопросом регламентации пересадки органов является определение правомерности данной процедуры [9].

Для усовершенствования процесса пересадки органов и тканей человека в 2008 году на 123 сессии ВОЗ исполнительный комитет EB 1235 внес на рассмотрение предложение по обновлению принципов по пересадке органов человека. Одним из важнейших вопросов, поднимающихся на сессии — рост незаконной торговли человеческими органами и создание глобальных стандартов в сфере трансплантологии.

В рамках ООН — постоянно исследуется весь спектр вопросов правового положения личности, укрепления защищенности прав человека, международно-правовых отношений. Среди рассматриваемых в этой сфере вопросов весьма немаловажное значение отводится проблеме, касающейся роли научно-технического прогресса в обеспечении охраны окружающей среды и в сохранении прав и свобод человеческой личности. Создавая постоянно растущие возможности для улучшения условий жизни людей, прогресс в научной сфере и технике порождает в то же время ряд серьезных социальных проблем, требующих незамедлительного решения, в том числе международно-правового сотрудничества по обеспечению безопасности человека.

Сегодня проблема трансплантации приобретает исключительное значение, так как является последним шансом на выздоровление пациента при предварительном использовании имеющихся средств и способов безуспешного лечения. За последние десятилетия этот метод лечения ранее неизлечимых болезней сберег тысячи жизней во всем мире. К примеру, в Украине в год требуется для пересадки: почек — 3000, печени — 1500, сердце — 1000 и только около 10 % реципиентов получают долгожданный орган.

В США — около 12000, из них — сердца — 2500, печени — 4000. Количество доноров в США — 22 на 1 млн. жителей, в России — 0,05. Трансплантация органов давно стала методом лечения [19].

Трансплантация органов и тканей открывает перспективы в лечении многих заболеваний. Трансплантология развивается настолько быстро, что число различных пересадок органов и тканей в мире достигло 40 тысяч в год и в ближайшие десятилетия будут составлять 50% всех операций [14].

Потребности в биологическом материале всегда превышали предложения. Вследствие, возник теневой нерегулируемый вид бизнеса: торговля человеческими органами и тканями живых и умерших людей.

Принудительное изъятие органов, насильственное донорство крови подтверждает необходимость правовой охраны деятельности в сфере трансплантации органов и тканей человека и донорства крови [15].

Современная трансплантология постоянно совершенствуется, как наука и путем клонирования можно вырастить любой орган, ткань или создать абсолютно идентичных клонов.

Гуманистический манифест, подписанный в 2000 году многими странами, содержит современное видение и ориентиры, которыми просвещенное человечество может руководствоваться в отношении новых открытий в медицине. Трудно не согласиться с таким положением Манифеста: «Мы должны быть готовы принять новые возможности воспроизведения рода, открывшиеся благодаря научным исследованиям, таким как оплодотворение клетки в лабораторных условиях, вынашивание женщиной чужого плода, генетическая инженерия, трансплантация органов и тканей, клонирование. В этих вопросах мы уже не можем оглядываться на моральные устои прошлого. Следует уважать право человека на самостоятельный выбор [12].

В Норвегии, США, Италии, Франции, Польше на 1 млн. населения приходится по 57,6; 56; 33; 21; 14,7 операций соответственно по трансплантации почек, а в Украине этот показатель равен 1,2 [13].

С каждым годом количество больных, которые нуждаются в пересадке органа возрастает, но в связи с нехваткой биологического материала повышается уровень тяжелых хронических заболеваний, инвалидности, смертности.

Для проведения своевременных операций по пересадке органов и тканей человека необходимо решить ряд морально-этических, правовых и медицинских вопросов [6, 8,19] .

Например, при констатации смерти мозга человека — сколько необходимо проводить реанимационные мероприятия? Кто и когда получает право распоряжаться телом умершего человека? Определение правового статуса тканей и органов после изъятия из организма живого человека. Не четкое регулирование данных вопросов повышает опасность криминализации трансплантологии и т.д. [14].

50000 жителей Украины болеют ежегодно инфарктом миокарда, из которых 6000 умирает. Успешно работают ученые Харьковского НИИ трансплантологии, пересаживающие стволовые клетки в мышцу больного сердца, взятые из спинного мозга [11].

Бешко В.Г. [10] излагает основы генетической инженерии, целью которой является клонирование человека, его тканей, органов. Возражает против клонирования церковь, чтобы не клонировали Христа. ООН также возражает, призывая страны принять законы, запрещающие все формы клонирования, так как они противоречат достоинству человека и выступают против «защиты человеческой жизни» [1].

Актуальным является разработка более четких показаний и противопоказаний для клинического применения стволовых клеток и внедрения клеточной терапии как метода лечения. Стратегическое значение имеет создание банков фетальных клеток и тканей. Они могут стать для медицины не менее ценными, чем запасы нефти и газа для энергетики [17, 18].

В Украине сегодня существует ряд вопросов относительно правового регулирования процедуры заготовки, изъятия и применения фетальных клеток. Огромное количество аборт в Украине позволяет получать значительное количество стволовых клеток. В нашей стране лечебные учреждения, где производят аборты, заготавливают фетальный материал для дальнейшей трансплантации.

Анализ существующих правовых проблем в области биомедицины позволяет сделать следующие **выводы**:

1. Достижения в области биомедицины открывают неограниченные возможности перед обществом, следовательно появляется возможность благотворно влиять на сферу жизни и здоровья человека.

2. Результаты научно-технического прогресса в области биомедицины привели к возникновению особого комплекса прав человека, что нуждается в правовой защите; начиная от прав эмбриона на развитие и жизнь и заканчивая правом на достойную смерть;

3. Подробное изучение правовых проблем биомедицины позволяет выявить те права и интересы человека, которым может быть нанесен ущерб в результате применения современных технологий.

4. Реализация прав человека в области биомедицины возможна лишь при условии создания комплекса государственных гарантий.

Литература:

1. Доклад Секретариата ВОЗ «Трансплантация человеческих органов и тканей», 18 апреля 2008 г.
2. Закон України «Про донорство крові та її компонентів» від 23 червня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України, 1995. — №23. — С.183.
3. Декларация о трансплантации человеческих органов принята 39-й Всемирной медицинской Ассамблеей, Мадрид, Испания, октябрь 1987 г.
4. Наказ №155.24 12.03.09 Про затвердження заходів МОЗ та АМН України щодо виконання Державної цільової соціальної програми «Трансплантація» на період до 2012 року.
5. Закон України «О трансплантации органов и других анатомических материалов человека». — 17.06.1999 р.
6. Наказ Міністерства охорони здоров'я України № 96 від 4 травня 2000 р. (82) («Про затвердження нормативно-правових актів з питань трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини». «Порядок узяття, зберігання і використання кісткового мозку». «Перелік державних та комунальних закладів охорони здоров'я і державних наукових установ, які мають право провадити діяльність, пов'язану з трансплантацією органів та інших анатомічних матеріалів людини».
7. Постанова Кабінету Міністрів України №695 від 24 квітня 2000 р. «Деякі питання реалізації Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини».
8. Наказ МОЗ України 25.09.2000 №3226. «Інструкція щодо вилучення анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів у донора-трупа. №226 від 25.09.2000», «Перелік анатомічних утворень, тканин, їх компонентів та фрагментів».
9. Основи законодавства України про охорону здоров'я. Основи законодавства від 19 листопада 1992 р. // Відомості Врховної Ради України. — 1993. — №4. — С. 19.
10. Бешко В.Г. Трансплантация стволовых гемопоэтических клеток крови при онкогематологических заболеваниях: настоящее и перспективы // Доктор. — 2004. — №4. — С. 57-59.
11. Крылова Н.Е. Биотические и уголовно-правовые вопросы трансплантации эмбриональных (фетальных) органов и тканей человека // Правоведение. — 2006. — №6. — С. 66-67.
12. Медицинское право Украины. Учебное пособие / Волков В.Д., Дешко К.Н., Заблоцкая В.П. и др. — Донецк: Дон НУ. — 2005. — 268 с.
13. Медичне право України. Підручник / Стеценко С.Г., Стеценко В.Ю., Сенюта І.Я. — К.: «Правова єдність», 2008. — 507 с.
14. Місюрєнко В. Криміналізація трансплантології в Україні // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — №1. — С. 218-219.

15. Мусієнко А.В. Формування правової бази трансплантології // Вісник Академії праці і соціальних відносин федерації профспілок України. — 2000. — №6 (9). — С. 18-21.

16. Мислива О. Криміналізація трансплантології в Україні з позицій міжнародного досвіду // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — №1. — С. 218-219.

17. Пунда О. Правове регулювання донорства та трансплантації в Україні // Юридический вестник. — 2003. — №4. — С. 90-93.

18. Степанова Е.Н. Социологическая оценка правового регулирования органного донорства для трансплантации в России // Вестник Московского университета. — Серия 18 // Социология и политология. — 2000. — №4. — с. 174-28.

19. Чеботарева Г.В. Уголовно-правовые проблемы трансплантации органов и тканей человека и донорство крови в Украине. Монография // Киевский национальный экономический университет. — Киев. — 2006. — 178 с.

Мавед О.О. Теоретико-правові аспекти біомедицини

Анотація. Успішне розвинення біології та медицини відкриває нові можливості для людини. Трансплантологія дає можливість продовження життя і лікування багато раніше невиліковних хвороб. Потреба в пересадці органів та тканин людини постійно зростає. У зв'язку з криміналізацією даного процесу виникла потреба в чіткішому правовому регулюванні трансплантології органів та тканин людини, вирішення морально-етичних проблем.

Ключові слова: медицина, трансплантологія, злочин

Maved O.O. Legal theoretical aspects of biomedicine

Summary. Success development of biology and medicine open unlimited possibilities for human. Transplantology gives possibility to prolongate life and treatment of many illnesses that not incurable before. Necessity in transplantation of human organs and tissues constantly arising. Because of criminalization of this process raised the necessity in more clear legal regulation of transplantation of human organs and tissues, solving of moral and ethical problems.

Key words: medicine, transplantation, crime

Мельничук Т.В.,

к. ю. н.,

*доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЕЛЕМЕНТИ КОНЦЕПЦІЇ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ

Анотація. Стаття присвячена розгляду актуальних для сучасної теорії та практики питань попереджувального впливу на злочинність через призму концепції кримінологічної безпеки. Завдяки висвітленню основних елементів концепції — об'єкту, мети, загроз та організаційно-правових основ кримінологічної безпеки — розкриваються її принципи відмінності та переваги.

Ключові слова: злочинність, протидія злочинності, кримінологічна безпека, криміногенні загрози.

Постановка проблеми. Безпека соціуму є однією із найважливіших передумов існування та сталого розвитку особистості, суспільства, держави та світової спільноти в цілому. Вказаним пояснюється посилення наукового та професійного інтересу до безпекових проблем у сферах політики, економіки, екології, інформаційного простору тощо.

Однією із загроз безпеці суспільства безумовно є злочинність та пов'язані з нею криміногенні явища та процеси. Сучасний стан та тенденції розвитку злочинності унеможливають оцінку соціуму як кримінологічно безпечного.

Занепокоєння викликають не лише кількісні зміни злочинності, але здебільшого її якісні характеристики та вплив на суспільство — латентизація, професіоналізація, поширення кримінальної субкультури, збільшення соціального напруження та аномії, за рахунок чого все більше представників різних прошарків суспільства опиняються включеними у злочинну діяльність та інфраструктуру злочинності («навколо злочинне» середовище, що за сутністю не є кримінальним, але обслуговує інтереси криміналітету), зниження психологічного порогу допустимості вирішення проблем за допомогою протиправних дій, повсюдна корупція, підвищення рівня організованості, транснаціоналізація, неспроможність традиційної політики протидії злочинності.

Зазначена ситуація потребує розробки результативних заходів щодо забезпечення безпеки суспільства від криміногенних загроз, тому **метою статті** є обґрунтування кримінологічної безпеки як одного з пріоритетних напрямків сучасної правоохоронної діяльності та соціальної профілактики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Проблематику впливу на злочинність під кутом зору кримінологічної безпеки розглядали М.М. Бабаєв, В.М. Дрьомін, О.М. Костенко, С.Я. Лебедев, В.О. Плешаков, С.Г. Шабанов, М.Л. Шелухін [1] та ін. Тим не менш, належного усталеного концептуального обґрунтування в теорії та застосування у практиці питання кримінологічної безпеки не отримали.

Виклад основного матеріалу. У своїх попередніх публікаціях ми зверталися до аналізу понятійного апарату концепції кримінологічної безпеки [2]. В цілому вивчення наукових поглядів показує, що розкриття сутності кримінологічної безпеки здійснюється через поняття небезпеки від криміногенних загроз, особливий механізм дії та особливу цілеспрямованість. Зокрема, В.А. Плешаков та М.М. Бабаєв визначають кримінологічну безпеку як об'єктивний стан захищеності життєво важливих та інших істотних інтересів особи, суспільства й держави від злочинних посягань і загрози таких посягань, породжуваних різного роду криміногенними факторами (явищами й процесами), а також як усвідомлення людьми такої своєї захищеності [3].

Варто зазначити, що кримінологічна безпека завжди буде мати відносний характер з огляду на соціальну зумовленість та процеси самовідтворення злочинності. У свій час Е. Феррі вивів закон насичення суспільства злочинністю. «Подібно до того, як у певній кількості води за даної температури розчиняється певна кількість хімічної речовини, — пише він, — так само і в даному соціальному середовищі, з даними індивідуальними та фізичними умовами, вчиняється певна кількість злочинів, ні менше, ні більше» [4, с. 240]. Це означає, що злочинність неминуче властива для кожного суспільства, тому кримінологічна безпека націлена на стримання злочинності у соціально-прийнятних межах, що не переходять «порогу насичення».

Сутність та принципова відмінність кримінологічної безпеки як концептуальної основи впливу на злочинність та антикримінальні можливості суспільства виявляється у специфіці наступних основних **елементів** — об'єкту, мети, загроз та організаційно-правових основ забезпечення кримінологічної безпеки.

Об'єкт безпеки – має структурно-функціональні та просторові характеристики. Класично об'єктом попереджувальної діяльності вважають суспільно-небезпечні прояви та їх детермінанти, а функціонально профілактичні заходи спрямовані на нейтралізацію криміногенної особистості або ситуації. Об'єктом кримінологічної безпеки є соціум, його структурні одиниці та взаємовідносини між ними в питаннях утримання від злочинних дій (іншими словами, від криміналізації) та здатності протистояти їм (усунення віктимізації).

За словами С.Я. Лебедева, втілення ідеї кримінологічної безпеки у життя правової держави покликане сприяти перенесенню змістового акценту з об'єкту нападу (злочинність) на об'єкт захисту (особистість, суспільство, держава), тобто на ті цінності, якими, власне, і повинна бути гарантована кримінологічна безпека. Звідси забезпечення кримінологічної безпеки повинно перевершувати характер і спрямованість існуючих криміногенних і кримінальних загроз. Тому в ієрархії форм діяльності щодо забезпечення кримінологічної безпеки на першому місці стоїть захист від джерела загрози безпеці, а вже потім – вплив на саме джерело [5].

У низці публікацій злочинність аналізується як загроза національній безпеці України, а кримінологічна безпека визначається як складова системи національної безпеки [6], що вбачається вельми виправданим з точки зору підходу до злочинності як внутрішньодержавної проблеми. Але у зв'язку із процесами глобалізації та кримінальної її складової, що уособлена транснаціональними та міжнародними формами злочинної діяльності, обмежувати об'єкт кримінологічної безпеки просторовими межами держави не варто.

Мета кримінологічної безпеки. Власне кримінологічна безпека може розглядатися і як мета, і як засіб (забезпечення) її досягнення в загальній системі соціально-правового контролю над злочинністю. Проміжними ж цілями кримінологічної безпеки є захист (охорона) від загроз криміногенного характеру на рівні об'єктивної дійсності та суб'єктивного сприйняття стану безпеки.

Що стосується об'єктивної дійсності, слід визнати, що довгий час кримінологічна політика держави уособлювалась завданням «боротьби зі злочинністю» та залежала від політичної персоніфікованої волі, а діяльність правоохоронних органів спрямовувалась не на вирішення кримінальних конфліктів, а на максимальне виявлення і реєстрацію правопорушень. При чому «робота на показники» ставала провідною метою та критерієм ефективності кримінальної юстиції. Питання про якість функціонування правоохоронної системи – збільшення кількості зареєстрованих

злочинів у звітний період (активніше працюють співробітники) чи все таки їх зменшення (вдалося стабілізувати криміногенну ситуацію) – залишалося риторичним.

Концепція кримінологічної безпеки враховує значимість профілактичної діяльності щодо зменшення кількості вчинюваних злочинів, тим не менш, покликана забезпечити охорону суспільства від розширеного самовідтворення злочинів, зменшення їх рецидивонебезпечності та – головне – гарантування максимального усунення суспільно-шкідливих наслідків.

Такі цільові пріоритети дають можливість знизити й психологічне напруження, страх перед злочинністю, що як відомо, є криміногенним фактором (ось, що малось на увазі під суб'єктивним сприйняттям стану безпеки), підвищити здатність суспільства протистояти злочинним проявам та, як видається, ліквідувати або принаймні зменшити ступінь недовіри населення до правоохоронних інститутів. Співпраця щодо забезпечення кримінологічної безпеки між громадою та державою на основі моделі соціального партнерства автоматично усуває конфронтацію «силові структури» – суспільство». Спільна мета та зацікавленість населення, гарантована невідворотністю державної реакції на злочинні прояви, дозволить зробити правоохоронну діяльність соціально спрямованою та зменшити витрати на кримінальну юстицію в цілому.

Основні ризики (загрози) кримінологічної безпеки – один із найбільш об'ємних за змістом елемент. Враховуючи його неоднорідність, у літературі зроблені спроби групувати (класифікувати) види загроз безпеці. Зокрема, виділяють такі як самозагроза (потенційна можливість стати жертвою злочину); безпосередня загроза (кримінально-карані дії); опосередкована загроза (пропаганда кримінальної культури тощо) [7, с. 14-15]. Питання загроз кримінологічної безпеки потребує окремого самостійного розгляду, тому у межах даного дослідження лише зазначимо, що з огляду на акцентування об'єкту кримінологічної безпеки на суспільстві та суспільних відносинах створюється можливість оцінювати й приховані (латентні) форми загроз та виявляти детермінаційні зв'язки між ними.

Організаційно-правове забезпечення кримінологічної безпеки відображає практичну необхідність розробки науково обґрунтованих інноваційних механізмів та технологій охорони соціуму від загроз криміногенного характеру. Як видається, одним з пріоритетних завдань має стати перманентний моніторинг загроз та соціальне управління ризиками кримінологічної безпеки.

При розробці заходів забезпечення кримінологічної безпеки найбільш гострою залишається

проблема дотримання прав людини. Вплив на злочинність завжди мав у собі елемент репресії, пов'язаний із застосуванням примусу та певними обмеженнями прав і свобод людини, а відтак здійснювався спеціально уповноваженими інституціями та був досить детально нормативно врегульований. Стратегія кримінологічної безпеки спрямована на формування сильного громадянського суспільства, пріоритетом для якого є упередження та мінімізація за допомогою профілактичних заходів кримінальних проявів. Між тим, застосування заходів, пов'язаних із обмеженням прав людини, повинно впливати із певної «суспільної згоди» про добровільне поступлення деякими свободами з метою підтримання загальної безпеки. Концепція кримінологічної безпеки передбачає правообмеження як вимушений крайній захід, тим не менш, суспільно виправданий, а тому не просто законний, але й легітимний.

Висновки. Важливість розвитку та зміцнення ідеї кримінологічної безпеки викликана необхідністю формування нової ідеології протидії злочинності, переорієнтації правоохоронної системи з репресивної спрямованості на реальне вирішення кримінальних конфліктів та забезпечення безпеки від злочинних посягань.

Література:

1. Бабаев М.М., Рахманова Е.Н. Права человека и криминологическая безопасность. Учебное пособие. — М., 2003. — 153 с.; Дрёмин В.Н. Миграция и проблемы обеспечения криминологической безопасности в Причерноморском регионе // Актуальні проблеми політики / Збірник наукових праць. — Одеса, 2004. — №20. — С. 123-131; Лебедев С. Проблема преступности: от мистерии цифр к реалиям обеспечения криминологической безопасности // Уголовное право. — 2006. — № 6. — С. 111-115; Плешаков В.А. Криминологическая безопасность и ее обеспечение в сфере взаимодействия организованной преступности и преступности несовершеннолетних. — М.: Академия МВД России, 1998. — 144 с.; Шелухін М.Л. Кримінологічна безпека на транспорті: організаційно-управлінське та оперативно-розшукове забезпечення: монографія. — Донецьк: Вебер. Донец. від-ня, 2008. — 368 с.
2. Мельничук Т.В. Кримінологічна безпека: сутність та концептуальне обґрунтування // Актуальні проблеми держави і права. — 2011. — №60. — С. 132-138.
3. Бабаев М.М., Плешаков В.А. Криминологическая безопасность в системе национальной безопасности (опыт структурного анализа) // Криминологический журнал. — 2005. — № 7. — С. 5-9.
4. Ферри Э. Уголовная социология / Сост. и предисл. В.С. Овчинского. — М., 2009. — 658 с.
5. Лебедев С. Проблема преступности: от мистерии цифр к реалиям обеспечения криминологической безопасности // Уголовное право. — 2006. — № 6. — С. 111-115; Лебедев С.Я. Криміналізація екстремізму і забезпечення криминологічної безпеки: від єдності цілей до боротьби з протилежностями // Уголовно-правовий запит і його ефективність в боротьбі з сучасною злочинністю. — Саратов, 2008. — С. 269-276.

6. Скулиш Є. Кримінологічна безпека в системі національної безпеки України // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2010. — № 2. — С. 47-51.

7. Горшенков А.Г., Горшенков Г.Г., Горшенков Г.Н. Информационная преступность: криминологическая безопасность личности, угрозы и меры ее защиты // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. Серия: Право. — 2003. — № 1. — С. 13-16.

Мельничук Т.В. Элементы концепции криминологической безопасности

Аннотация. В статье рассматриваются актуальные для современной теории и практики вопросы предупредительного воздействия на преступность через призму концепции криминологической безопасности. Благодаря обозначению основных элементов концепции — **объекта, цели, угроз и организационно-правовых основ криминологической безопасности** — раскрываются ее принципиальные отличия и преимущества.

Ключевые слова: преступность, противодействие преступности, криминологическая безопасность, криминогенные угрозы.

Melnychuk T.V. Elements of the Concept of Criminological Security

Summary. The article is devoted to contemporary theory and practice of preventive effect on crime through the lens of the concept of criminological security. Thanks to the designation of the main elements of the concept — the object, purpose, threats and organizational and legal foundations of criminological security — its main differences and advantages are revealed.

Key words: crime, combating crime, criminological security, criminal threats.

Митрофанов І.І.,

к. ю. н., доцент,

*завідувач кафедри кримінального та цивільного права і процесу
Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського*

НОРМА ТА СТАТТЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

Анотація. У статті аналізуються не тільки поняття кримінально-правової норми, а й її співвідношення до статті закону про кримінальну відповідальність. Досліджуються питання структури норми і статті закону. Констатується, що кримінально-правова норма і стаття закону про кримінальну відповідальність не можуть і не повинні збігатися, оскільки стаття закону — це відповідна частина законодавчого тексту, а кримінально-правова норма — правило поведінки і органічно пов'язане з ним веління.

Ключові слова: кримінально-правова норма, стаття закону про кримінальну відповідальність, гіпотеза, диспозиція, санкція кримінально-правової норми.

Постановка проблеми. Кримінально-правова норма визнається нами першою ланкою в механізмі реалізації кримінальної відповідальності. Специфіка методу кримінально-правового регулювання обумовлює те, що переважна більшість кримінально-правових норм — це норми-заборони. Більше того, останні становлять серцевину кримінального права, з ними пов'язані та з ними співузгоджені всі інші кримінально-правові норми. Статті Загальної та Особливої частин Кримінального кодексу України (далі — КК) є юридичною формою об'єктивації норм кримінального права. У зв'язку з цим, вчення про кримінально-правову норму як первинний елемент кримінально-правової матерії є головним підґрунтям для підвищення результативності способів і засобів кримінально-правового впливу на осіб, які вчинили, вчиняють або мають намір вчинити злочини.

Щодо співвідношення кримінально-правової норми та статті закону про кримінальну відповідальність слід вказати, що в КК України лише норми, якими визначаються завдання, принципи та поняття, містять логічно завершене державно-владне формулювання відповідних правил в окремих статтях Загальної частини, примітках до статей Особливої частини та ст. 401 Кримінального кодексу України. Усі інші статті є логічними і перебувають у певних взаємозв'язках між собою.

Аналіз останніх досліджень. Розробкою теорії кримінально-правової норми займалися такі вчені,

як М.М. Гернет, М.М. Коркунов, П.І. Люблинський, С.В. Познишев, М.Д. Сергієвський, М.С. Таганцев. Найбільшої дискусійності проблема визначення поняття кримінально-правової норми набула в 60-х роках ХХ століття. Новий поштовх у розв'язанні окреслених проблем пов'язаний з вивченням питань кримінально-правової кваліфікації діянь та їх подальшим вирішенням. Однак всі аспекти вчення про кримінально-правову норму остаточно з'ясованими визнати не уявляється можливим.

Отже, метою цієї статті є окреслення окремих питань теорії кримінально-правової норми, з'ясування співвідношення останньої зі статтею закону про кримінальну відповідальність. Крім того, назріла необхідність дослідження елементів структури кримінально-правової норми, здатних виступити дієвим засобом виявлення формально-логічних протиріч і прогалин у механізмі реалізації кримінальної відповідальності.

Виклад основних положень. Під нормою кримінального права розуміється система встановлених Верховною Радою України і юридично забезпечених загальнообов'язкових правил поведінки та органічно пов'язаних з ними велінь, покликаних регулювати окремі суспільні відносини відповідно до волі і соціальної мети тих шарів населення, які представляють відповідні народні депутати України. У формулюванні норми кримінального права під окремими суспільними відносинами маються на увазі безпосередньо організовані (основні) і забезпечувальні (додаткові) відносини, що упорядковуються відповідно диспозицією і санкцією кримінально-правової норми, а під загальними веліннями — можливі, а в деяких випадках навіть необхідні вказівки самої норми на її мету, суб'єктний склад і на ті життєві ситуації, при яких вона «спрацьовує», втілюючись в ті чи інші кримінальні правовідносини.

Таке трактування, на наш погляд, повніше відображає справжній зміст норми права, дозволяє виділити всі її складові і виявити роль кожної з них у реалізації кримінальної відповідальності. Не створюється підґрунтя і для змішання норми кримінального права з іншими системними юридичними утвореннями (наприклад, з інститутами

кримінального права). Порівняно з «традиційним» таке розуміння норми кримінального права має і деякі інші переваги, важливі при вирішенні низки дискусійних питань кримінально-правової науки. Зокрема, розширюється база для виявлення всіх структурних елементів норми кримінального права, повнішого з'ясування її внутрішньої і зовнішньої форм. Значно чіткіше фіксуються всі безпосередні похідні кримінально-правової норми та їхні ідеальні зв'язки, конкретизується характер зв'язку норми з усіма видами правовідносин. Відкривається можливість повніше простежити весь процес реалізації кримінально-правової норми через усі регульовані нею життєві відносини, а також її роль у механізмі реалізації кримінальної відповідальності.

Дослідження показало, що кримінально-правові норми поділяються на дві великі групи: 1) норми, що регулюють загальне запобігання злочинам; 2) норми, що встановлюють покарання. Кримінально-правова норма, що спрямована на виконання запобіжної функції, встановлює обов'язок не вчиняти злочин, тому формулюється дещо поіншому, ніж норма, що встановлює покарання. Перша група норм має таку загальну словесну формулу: «Не вчиняй ... (конкретний злочин), оскільки це діяння карається ...». Ці норми адресовані всім індивідам суспільства. Друга група кримінально-правових норм написана для суду, який їх безпосередньо застосовує, і формулюється таким чином: «У разі вчинення ... (конкретний злочин) суд може призначити покарання у виді ...».

У всіх випадках застосування вказаних кримінально-правових норм суд має звертатися до статей Загальної частини КК, оскільки саме ними визначається підстава кримінальної відповідальності, розкриваються загальні (основні) ознаки суб'єкта злочину, формулюються положення про вину суб'єкта, щодо стадій вчинення злочину, спільного вчинення умисних злочинів, множини злочинів, підстав звільнення від кримінальної відповідальності, загальних та спеціальних правил призначення покарання тощо.

Конструювання кримінально-правових норм, що встановлюють покарання за вчинення злочину, та їх подальше застосування має певні особливості, оскільки такі норми нерідко взагалі начебто перебувають поза нормами самого кримінального права та інших галузей права, у межах яких охороняються суспільні відносини. Здебільшого кримінально-правові норми формулюються як переліки визначень суспільно небезпечних діянь, які заборонено вчиняти, і санкцій, відповідних до властивостей і тяжкості вказаних діянь. Саме тому не можна вмістити повністю правило забороненої поведінки в статтю закону про кримінальну відповідальність.

Виходячи з цього, слід зазначити, що кримінально-правова норма та стаття закону про кримінальну відповідальність не можуть і не повинні співпадати. Це пов'язано з правилами законодавчої техніки, що розуміється в науковій літературі як сукупність певних прийомів, застосовуваних при розробці змісту та структури кримінально-правових приписів держави та перетворенні їх у життя. Законодавець має «вписати» статтю закону в контекст усіх без винятку положень КК України. Тому статтею закону слід визнавати відповідну частину законодавчого тексту, а кримінально-правову норму — правилом поведінки та органічно пов'язаним з ним велінням.

Статті Особливої частини складаються або з єдиного положення, непозначеного цифрою (наприклад, ст.ст. 219, 220 КК) чи позначеного цифрою (наприклад, ст.ст. 221, 223, 223¹, 223² КК), або з декількох, тоді вони поділяються на частини, послідовно позначені арабськими цифрами починаючи з «1» (наприклад, ст.ст. 209, 212, 224, 225 КК). Такі частини або передбачають основний і кваліфікований склади того ж злочину (наприклад, ст. ст. 185, 364 КК), або містять два і більше самостійні склади злочинів (наприклад, ст. ст. 263, 358 КК). У разі додавання до статті нової частини вона поміщається після частини, стосовно якої вона буде містити кваліфікований склад злочину (так, ст. 301 КК була доповнена ч. 4, що містять особливо кваліфікований стосовно ч.ч. 1 і 2 ст. 301 КК склад злочину, і ч. 5, що передбачає кваліфікуючі ознаки щодо ч. 4 ст. 301 КК України [1]). При цьому додавання нової частини тягне послідовну зміну нумерації частин статті.

Деякі статті чи їх частини складаються з пунктів, які мають цифрові позначки. У пунктах частин статей Особливої частини КК описуються альтернативно передбачені ознаки основного або кваліфікованого складу злочину (наприклад, ч. 2 ст. 115 КК). У разі додавання до частини статті нового пункту він поміщається після пункту з найбільш схожою ознакою складу злочину і всі пункти частини статті в новій редакції одержують нове послідовне цифрове позначення (наприклад, частина друга статті 115 КК доповнена пунктом 14 [2], але це доповнення не змінило нумерації (позначення) інших частин (пунктів). При виключенні зі статті частини статті або пункту нумерація інших частин (пунктів) не змінюється, якщо інше спеціально не застережене законодавцем.

Окрім статті КК мають специфічну структуру, оскільки в них передбачені примітки, які роз'яснюють певні терміни і поняття закону. Так, у примітці 1 до ст. 185 КК «Крадіжка» сформульовано поняття повторності вчинення злочинів,

передбачених ст.ст. 185, 186, 189–191 КК, а в примітках 2, 3, 4 вказано на те, який злочин проти власності визнається вчиненим у значних, великих або особливо великих розмірах. Крім того, в окремих примітках до статей Особливої частини КК сформульована негативна ознака складу злочину, передбаченого цією статтею (наприклад, примітка до ст. 396 КК). Так, відповідно до ч. 2 ст. 396 КК не підлягають кримінальній відповідальності за заздалегідь необіцяне приховування злочину члени сім'ї чи близькі родичі особи, яка вчинила злочин, коло яких визначається законом. Якщо в примітки до статті входить кілька нормативних приписів, то вони послідовно позначаються арабськими цифрами починаючи з «1» (наприклад, примітки до ст.ст. 185, 209, 210 КК) і іменуються як «примітка перша», «примітка друга» тощо.

Структурно деякі статті Особливої частини КК містять частини, в яких не вказується на ознаки злочинів, а передбачаються підстави звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 4 ст. 212, ч. 2 ст. 212¹, ч. 2 ст. 255, ч. 2 ст. 258³, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 5 ст. 368³, ч. 5 ст. 368⁴, ч. 6 ст. 369, ч. 4 ст. 401 КК України). Цим нормам Особливої частини притаманний імперативний характер.

При включенні до КК нової статті вона буде поміщена у відповідний розділ Загальної або Особливої частини. Нова стаття повинна вміщуватися, як правило, вслід за статтею, що є найближчою до неї за змістом. Новій статті мають бути надані номер попередньої статті і додатковий цифровий індекс — 1, 2, 3 тощо. Щодо виключення тієї чи іншої статті із Кримінального кодексу, то воно також не змінює порядку нумерації статей у КК. Так, наприклад, ст. 331 у КК України зберігається з поміткою «Виключена» [3].

Закон України про кримінальну відповідальність може розглядатися і як окрема стаття КК. З огляду на це він, як і будь-яка правова норма, має певну структуру. При цьому під структурою слід розуміти внутрішню будову цілого, наявність у ньому нерозривно пов'язаних і необхідно організованих частин, що припускають одна одну, їх упорядкованість. Вона притаманна будь-якій системі, тому що поєднує її елементи, «перетворює їх, додаючи деяку спільність», забезпечує існування системи «як дане конкретне ціле» [4, с. 103]. У цьому зв'язку правильне розуміння структури норми права має не тільки пізнавальне, але й велике практичне значення.

Структура кримінально-правової норми — це теж її внутрішня будова, необхідні способи організації і перетворення її власного змісту, способи

зв'язків між її елементами та їхніми атрибутами. Вона охоплює всю систему утворюючих ту чи іншу норму кримінального права загальних правил і велінь.

З урахуванням цього не можна погодитися з думкою про те, що начебто норма права не має структури, а все те, що прийнято вважати її елементами, треба розглядати як окремі норми [5, с. 64–65]. Однак давно і правильно помічено, що структура правових норм, як і структурність права в цілому — об'єктивні властивості внутрішньої форми права, що існують у реальній дійсності, а не вигадані юристами для зручності користування чи вивчення закону [6, с. 103].

У юридичній літературі в структурі норм виділяють три елементи: гіпотезу, диспозицію і санкцію. Гіпотеза — умова, за якої застосовується кримінально-правова норма Особливої частини КК. Гіпотеза є обов'язковою складовою будь-якої норми, що встановлює покарання за вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого Особливою частиною КК України як злочин. Кримінально-правову норму, як і будь-яку іншу правову норму, можна аналізувати тільки через категорію логічної правової норми, що розумово відтворюється із цілої низки нормативних приписів, які не зводяться до єдиної статті закону (у цьому випадку — до статті Особливої частини КК). Вони не можуть застосовуватися без урахування загальних та інших положень закону про кримінальну відповідальність, у поєднанні з якими вони тільки й можуть утворювати норму. Гіпотезою кримінально-правової норми Особливої частини закону про кримінальну відповідальність буде слугувати вказівка на факт вчинення особою діяння, що підпадає під часові та просторові межі дії даного закону і містить усі ознаки складу злочину, передбаченого таким законом: «у разі вчинення особою злочину — убивства, зґвалтування, крадіжки, грабежу тощо — ...».

В.І. Борисов зазначає, що структура абсолютної більшості норм Особливої частини, які встановлюють покарання за окремі види злочинів, характеризується однорідністю складових елементів — у них чітко визначені диспозиція і санкція [7, с. 41–42]. На думку П.С. Матишевського, статті Особливої частини КК гіпотезу описують не текстуально, а контекстуально, тобто вона розуміється як необхідна. Текстуально ж ці статті описують диспозицію та санкцію [8, с. 56].

У зв'язку з цим слід зазначити, що обставини, які утворюють в кримінальному праві зміст гіпотези, як правило, є вольовою і усвідомленою поведінкою людини (вчинення злочинного діяння, заподіяння шкоди у стані необхідної оборони тощо). У деяких випадках передумовою початку

дії кримінально-правових норм визнається неусвідомлена (вчинення суспільно небезпечного діяння у стані неосудності є підставою для застосування примусових заходів медичного характеру) чи неконтрольована поведінка.

Слід також зазначити, що як передбачені правовою нормою життєві обставини, наявність яких обумовлює можливість початку реалізації кримінальної відповідальності, можуть виступати явища природного чи техногенного характеру, у тому числі ті, що не залежать від волі людини. Приклад цього можна навести щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки, можливість якого передбачена ст. 48 КК України. У такому разі передумовою для застосування зазначеної норми є зміна обстановки, що може виразитися як у діях людей, так і в інших обставинах, у тому числі стихійного характеру. Так, якщо після незаконного вилування риби (ст. 249 КК України) настає посуха, у результаті якої водойма висихає і вся риба в ній гине, ця обставина може бути підставою для застосування ст. 48 КК України, тому що вона обумовлює істотне зниження ступеня суспільної небезпеки вчиненого злочину.

Загальною ж для всіх кримінально-правових норм Особливої частини Кримінального кодексу буде гіпотеза, що міститься в частині 1 статті 2 КК України. В цій статті визначається підстава кримінальної відповідальності, тобто умова, за якої починає «працювати» диспозиція конкретної статті Особливої частини КК – вчинення суспільно небезпечного діяння, що вміщує всі ознаки складу злочину, передбаченого конкретною статтею Особливої частини КК.

Диспозиції у кримінально-правових нормах Особливої частини КК описують стандарти забороненої поведінки певного виду, тобто в них визначається злочинність діяння. Для описування ознак складу конкретного злочину законодавець використовує один із п'яти видів диспозицій: 1) просту, у якій називається лише склад злочину і не розкривається його зміст. Ознаки злочину, що наводяться у простій диспозиції, розкриваються в слідчо-судовій практиці і кримінально-правовій літературі; 2) описову, у якій називається склад конкретного злочину і розкривається його зміст (дається його визначення); 3) бланкетну, у якій, не називаючи конкретних ознак злочину або називаючи тільки частину з них, усвідомлюється відсилка для встановлення змісту ознак злочину до інших нормативних актів, що не є законами про кримінальну відповідальність (різні інструкції, положення, правила, вказівки тощо); 4) відсилочну, у якій міститься відсилання до кримінально-правової норми або її окремого положення,

що передбачені іншою статтею або частиною цієї ж статті КК, де називається відповідний злочин або описуються його ознаки. Найчастіше відсилочна диспозиція ознаки певного складу злочину називає у першій частині статті або називає лише сам склад злочину, а ознаки, що обтяжують такий злочин (кваліфікований вид), вказує в наступній частині статті. Для цього з метою уникнення повторного опису діяння у відповідній частині використовуються слова: «те саме діяння», «діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті» тощо; 5) змішану (комбіновану), що включає як прості або описові, так і бланкетні або відсилочні диспозиції.

Санкція – структурна частина статті Особливої частини КК України, в якій встановлюється вид і розмір (строк) покарання за злочин, зазначений у диспозиції. При цьому слід зазначити, що не всі вчені згодні з тим, що в санкції кримінально-правової норми фіксуються різні примусові заходи, неоднорідні за змістом. Деякі вчені вважають, що в санкціях правових норм закріплені винятково засоби кримінальної відповідальності. Наприклад, М.І. Байтін з цього приводу зазначає, що санкція є структурним елементом, що передбачає наслідки порушення правової норми та визначає вид і міру юридичної відповідальності для порушника її приписів [9, с. 187]. У теорії права існують й інші точки зору вчених. Так, на думку П.С. Елькінд, необхідною умовою кримінально-процесуального примусу є санкція як структурний елемент правової норми, що передбачає форму і межі державного впливу за відмову від добровільного виконання кримінально-процесуальних вимог чи за позбавлення суб'єкта можливості використання дозволів [10, с. 86, 88]. В.І. Гойман висловлює точку зору, згідно з якою санкцію розуміють як ту частину правової норми, у якій вказуються наслідки виконання чи невиконання правила поведінки (диспозиції норми) [11, с. 36]. Ю.В. Філей запропонував визначення кримінально-правової санкції як обов'язкової складової статті (або частини статті) Особливої частини КК України, яка вміщує модель виду і строку (розміру) покарання, адекватного суспільній небезпечності злочинного діяння [12, с. 7].

Санкцію кримінально-правової норми, яка містить вид і міру відповідальності, слід розглядати у широкому та вузькому розумінні. У вузькому значенні санкція вказує лише на вид і строк (розмір) покарання. Однак у санкціях кримінально-правових норм можуть бути закріплені й інші примусові заходи, що за юридичною природою не є засобами кримінальної відповідальності. Наприклад, у санкції правової норми можуть бути закріплені засоби захисту [13, с. 35]. Санкції, що закріплюють

засоби юридичної відповідальності і визначають несприятливі наслідки, що змінюють правовий статус, досліджували В.М. Ведяхін, Т.Б. Шубіна, О.О. Левков. Зокрема, О.О. Левков вказує на те, що засоби захисту — це правові заходи, що не належать до засобів юридичної відповідальності і засобів безпеки, встановлені в законодавстві і спрямовані на відновлення права, забезпечення його виконання, на запобігання і припинення правопорушень [14]. Санкції кримінально-правових норм можуть вміщувати засоби захисту, засоби кримінальної відповідальності і засоби безпеки. Усі зазначені поняття охоплюються єдиним терміном «кримінально-правові засоби».

Таке розуміння змісту санкції уявляється нам можливим з огляду на те, що кримінально-правова норма у «широкому» розумінні у санкції передбачає можливість застосування будь-якого засобу кримінально-правового впливу на особу, яка порушила заборону, що міститься в диспозиції цієї норми, а у «вузькому» розумінні (тобто, як статтю Особливої частини закону про кримінальну відповідальність) — вид і розмір (строк) покарання.

Крім того, для обґрунтування нашої думки слід вказати на те, що законодавство про кримінальну відповідальність більшості країн континентальної Європи передбачає розгалужену систему кримінально-правових засобів: покарання, засоби безпеки, компенсаційні (реститутивні, відновлювальні), заохочувальні засоби, засоби примирення (медіації), які в комплексі спрямовані на досягнення єдиної мети — захисту суспільства від злочинних посягань та відновлення порушеного злочинним посяганням стану особи, суспільства та держави.

Висновки. Таким чином, кримінально-правова норма та стаття закону про кримінальну відповідальність не можуть і не повинні співпадати. Статтею закону слід визнавати відповідну частину законодавчого тексту, а кримінально-правову норму — правилом поведінки та органічно пов'язаним з ним велінням. Кримінально-правова норма у «широкому» розумінні у санкції передбачає можливість застосування будь-якого кримінально-правового засобу впливу на особу, яка вчинила злочин, а у «вузькому» — вид і розмір (строк) покарання.

Література:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії розповсюдженню дитячої порнографії: Закон України від 20.01.2010 року №1819-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 8. — Ст. 372.
2. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості: Закон України від 05.11.2009 року № 1707-VI // Офіційний вісник України. — 2009. — № 93. — Ст. 3148.
3. Стаття 331 виключена згідно із Законом України № 1723-IV від 18.05.2004 р. // ВВР. — 2004. — № 36. — Ст. 430.
4. Афанасьев В.Г. О системном подходе в социальном познании // Вопросы философии. — 1973. — № 6. — С. 98—111.
5. Слесарев В.Л. Гипотеза, диспозиция и санкция в механизме правового регулирования // XXVII съезд КПСС и развитие теории государства и права: межвузовский сб. науч. трудов. — Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1987. — С. 59—67.
6. Явич Л.С. Право и общественные отношения. Основные аспекты содержания и формы советского права. — М.: Юр. лит., 1971. — 152 с.
7. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за заг. ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ—Харків: Юрінком Інтер — Право, 2002. — 416 с.
8. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. — К.: А.С.К., 2001. — 352 с.
9. Байтин М.И. Сущность права: современное нормативное правопонимание на грани двух веков. — 2-е изд., доп. — М.: Право и государство, 2005. — 544 с.
10. Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве / П.С. Элькин. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. — 143 с.
11. Общая теория права и государства: учеб. / под ред. В.В. Лазарева. — М.: Юристъ, 1994. — 360 с.
12. Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». — Львів, 2006. — 18 с.
13. Лучков В.В. Юридическая ответственность в механизме правового регулирования: монография. — Тольятти: Волж. ун-т имени В.Н. Татищева, 2004. — 167 с.
14. Левков А.А. Меры защиты в российском праве: автореф. дис. на соискание уч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений». — Волгоград, 2002. — 28 с.

Митрофанов И.И. Норма и статья закона об уголовной ответственности

Аннотация. В статье анализируются не только понятие уголовно-правовой нормы, а и ее соотношение со статьей закона об уголовной ответственности. Исследуются вопросы структуры нормы и статьи закона. Констатируется, что уголовно-правовая норма и статья закона об уголовной ответственности не могут и не должны совпадать, поскольку статья закона — это соответствующая часть законодательного текста, а уголовно-правовая норма — правило поведения и органически связанное с ним веление.

Ключевые слова: криминально-правовая норма, статья закона об уголовной ответственности, гипотеза, диспозиция, санкция уголовно-правовой нормы.

Mytrofanov I.I. The Norms and Provisions of Law on Criminal Responsibility

Summary. In the article it has been analyzed not only the notions of criminal-legal norms but also its correlation with provisions of the law on criminal responsibility. The problems of structure of norms and provisions of the law have been studied. It has been stated that the criminal-legal norm and provisions of the law on criminal responsibility can not and should not correlate as provisions of the law are an appropriate parts of legislative text and criminal-legal norm is the rule of behaviour and the decree that connected to it inherently.

Key words: criminal-legal norm, provisions of law on criminal responsibility, hypothesis, disposition, sanction of criminal-legal norm.

Неледва Н.В.,

*к. ю. н., доцент кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету*

ПЕРЕКОНАННЯ ЯК ГОЛОВНИЙ МЕТОД ПРИМИРЕННЯ СТОРІН У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Анотація. Обговорюється проблема використання переконання як головного методу примирення сторін у кримінальному процесі на основі даних сучасної правової науки.

Ключові слова: переконання, примирення, пробачення.

Постановка проблеми. У процесі здійснюваної правової реформи необхідний новий погляд на стан і перспективи правового регулювання використання переконання в кримінально-процесуальних правовідносинах, яке не може бути ні привілеєм, ні обов'язком окремої галузі науки. У цьому зв'язку виникає необхідність комплексного підходу до вирішення проблеми вдосконалення правових основ застосування в правозастосовній діяльності переконання. Зважаючи на важливість цього методу його головне положення серед інших методів, зокрема в діяльності з розслідування злочинів та судового розгляду, важливе значення має дослідження правових засад використання цього методу. Недоліком нормативного регулювання застосування переконання в кримінально-процесуальній діяльності є відсутність відповідного комплексного правового інституту. Зазначені вище норми зосереджені в різних законах і підзаконних нормативних актах, віднесених до різних галузей права. Це створює незручності для застосування правових норм і не націлює практичних працівників на продуману, цілеспрямовану діяльність щодо використання методу переконання, зокрема у вирішенні завдань пов'язаних з примиренням сторін у кримінальному процесі.

Зазначені проблеми необхідно усунути в ході підготовки нового кримінально-процесуального кодексу України, в якому метод переконання повинен зайняти відповідне йому місце серед інших заходів протидії злочинності. Відповідно до Нового тлумачного словника української мови переконувати означає «доводити що-небудь комусь, змушувати кого-небудь повірити у щось, погодитися з ким-, чим-небудь, ...схилити до якогось рішення» [1, с. 577].

Проблема переконання як методу кримінально-процесуального регулювання належить до найменш розроблених у юридичній літературі.

Це, природно, позначилося на повноті розкриття його поняття й сутності. Для більшості авторів типовим є змішання державного переконання або з вихованням, або з переконанням як психологічними заходами, прийомом взаємовпливу людей у процесі їх спілкування один з одним. Такий підхід до переконання характерний для юридичних і етичних досліджень. Він проявляється, зокрема, в тому, що при визначенні поняття цього методу підкреслюється в основному вольовий момент; акцентується увага на тому, що переконання ґрунтується на добровільному підпорядкуванні членів суспільства державним вимогам. Так підкреслюється, «що переконання передбачає вплив на свідомість і волю людей заходами морального характеру» [2, с. 6]. У літературі була визначальна точка зору, що переконання має місце тоді, коли людина виконує веління держави або громадських органів усвідомлено, добровільно, на основі існуючих у неї морально-етичних установок. Тим самим, розкривалося те загальне, що властиве даному методу незалежно від форм його прояву й від того, що відрізняє переконуючий вплив від примусового впливу. Дійсно, при переконанні особа, до якої він застосовується, виконує пред'явлені йому вимоги добровільно [3, с. 184]. Однак, обмежившись констатацією тільки цієї риси, властивій даному способу, ми, по-перше, не в змозі будемо показати соціальну зумовленість його сутності й змісту, а відзначимо лише його особливості як певного психологічного впливу людей один на одного. По-друге, не розкриємо своєрідність цього методу при використанні його в кримінально-процесуальному регулюванні. І, нарешті, по-третє, ми дамо характеристику стану лише однієї сторони, що присутня у процесі переконуючого впливу — його об'єкта. Інша ж сторона — суб'єкт, тобто ті органи, особи (медіатори), які здійснюють цей вплив, залишаться поза нашою увагою. Крім того, і сам об'єкт переконання при такому підході до визначення поняття даного методу стане надмірно психологізованим. Дослідження даних соціології, педагогіки, психології й інших наук свідчать, що «переконання» має два значення: по-перше, воно розглядається як метод цілеспрямованого впливу на особистість, тобто діяльність із формування

переконань, по-друге, переконання оцінюється як результат цього впливу, як елемент системи уявлень і поглядів людини на навколишню дійсність. Обидва поняття тісно зв'язані між собою й перебувають у причинно-наслідкових відносинах [4, с. 268-269]. Сама назва (метод переконання) говорить про те, що важливою його властивістю є здатність держави, суспільства формувати в тих чи інших осіб певну психологічну якість. У результаті переконання в людей змінюються погляди, формуються поняття, судження, уявлення, що відповідають цілям переконуючого, створюються внутрішні моральні стимули до необхідної поведінки.

Метою даного дослідження є розкриття значення переконання в кримінальному процесі, і зокрема, при вирішенні проблем примирення поміж потерпілим та особою, яка вчинила злочин.

Виклад основних положень. Особлива увага поняттю переконання приділяється кримінологією при вивченні проблеми профілактики правопорушень. Разом із тим, у теорії кримінологічної профілактики дотепер поки немає чіткого визначення переконання, що досить адекватно розкривало б його зміст. У роботах із кримінології, що висвітлюють проблему профілактики, як правило, провадиться ідея про те, що переконання є основним методом впливу на особистість профілактованого [5, с. 24]. Із цих позицій найчастіше підкреслюється та чи інша сторона переконання, його загальна цільова спрямованість.

Ряд учених-кримінологів вважає, що переконання — це засіб або сукупність засобів, прийомів і способів впливу на свідомість особистості, що має на меті довести необхідність суворого дотримання законності [6, с. 98]. З погляду інших, переконання уявляється як психологічний прийом впливу, що «має на меті підвести профілактованого до внутрішнього осуду антигромадської поведінку й усвідомленню необхідності змінити його в кращу сторону» [7, с. 32]. Кожна з наведених точок зору відображає важливі сторони цього поняття. Разом із тим, розглядаючи метод переконання тільки як спосіб організації виховного впливу на особистість профілактованого або як психологічні заходи, прийом, за допомогою якого здійснюється процес впливу суб'єкта профілактики на її об'єкт, ми, як уявляється, збіднюємо зміст методу. Такий підхід, по-перше, орієнтує на виявлення соціального змісту методу, по-друге, не враховує активності суб'єктів впливу, по-третє, не фіксує специфіки переконання як способу впливу, не тотожної виховної функції.

Важливе значення має метод переконання в кримінально-процесуальній діяльності. Так ст. 46 КК України та п. 2 ст. 7-1 КПК України

передбачають звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду. Крім цього, в кримінальному процесі ми знаходимо в ст. 27 КПК України про те, що справи, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого підлягають закриттю, якщо потерпілий примириться з обвинуваченим, підсудним. Всі перераховані статті ґрунтуються на тому, що законодавець вірить особі, яка вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, що вона виконала всі передбачені законом до неї вимоги, зокрема, відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду та примирилася з потерпілою стороною і все це ґрунтується на компромісних відносинах між державою і суб'єктом злочину на домовленості про те, що у подальшому вона не буде вести антисуспільний образ життя.

Компромісні відносини на довірчій основі достатньо широко використовуються в кримінальному процесі країн з давніми ринковими відносинами, зокрема в англосаксонській моделі права. Вони використовують компроміс стосовно обвинувачення, міри покарання, винуватості особи. Характерним являється те, що в США, наприклад, на основі компромісних відносин вирішуються більше чим 90% від усіх кримінальних справ [8, 25].

В основі примирення згідно законодавства України, крім наявності підстав, передбачених відповідними ст.ст. КК та КПК, лежать процеси переконання потерпілого в тому, щоб він пробачив особі, яка здійснила злочин і тому розробка проблем переконання в кримінальному процесі має важливе значення і потребує дослідження.

На наш погляд, законодавець не вдало використав слово «примиритися» адже виконати таку вимогу в конфліктній ситуації, яка складається після злочину, дуже не просто. Так, це слово згідно з Новим тлумачним словником української мови означає «жити мирно, в злагоді, в згоді, дружно без сварок, без суперечок, примушувати терпимо ставиться до кого-нибудь» [1, с. 187].

Тобто примирення потребує роботи з обома суб'єктами, значних зусиль для того, щоб вони жили мирно та в злагоді. В той час як після здійснення злочину у відношенні до потерпілого мало вірогідно примусити його терпимо ставитися до особи, яка здійснила злочин, жити з ним в злагоді, дружно тощо, тобто примирення дуже складна процедура, для проведення якої необхідно спочатку нейтралізувати конфлікт потім переконати кожного окремо про можливість примирення і накінець — примирити.

Висновок. На наш погляд, є більш раціональний, а головне — реальний шлях вирішити проблему компромісу. Достатньо було у відповідних статтях КК та КПК України від потерпілого вимагати компромісу у формі пробачення провини особи за здійснений злочин. Така редакція статей дозволила б медіаторам, посадовим особам з меншими зусиллями виконати свою місію по переконанню потерпілого піти на мирову, схилити його до пробачення провини особи, яка вчинила злочин.

На завершення необхідно констатувати, що приймаючи до уваги необхідність розширення цього інституту у вирішенні кримінальних справ, є нагальна потреба в новому кримінально-процесуальному кодексі передбачити окремий розділ і детально розписати процес використання інституту компромісу у звільненні від кримінальної відповідальності.

Література:

1. Новий тлумачний словник української мови / Укладачі В. Яременко, О. Сліпушко — Київ: Видавництво «Аконіт», 2001. — Т. 2. — 926 с.
2. Козюбра Н.И. Эффективность правовой системы. Перестройка в юридической науке // Советское государство и право. — 1987. — № 10.
3. Тучак М.О. Форми адміністративної діяльності дільничних інспекторів міліції // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — 2001. — Вип. 16. — С. 138-143.
4. Основы оперивно-розыскной тактики органов внутренних дел: Учебное пособие / Под ред. Аتماжитова В.М. — М.: Академия МВД СССР, 1986. — 243 с.
5. Макачук В.Н. Методы и формы административной деятельности участковых инспекторов милиции. Дис. канд. юрид. наук. — М.: Академия МВД РФ, 1992. — 205 с.
6. Ветров Н.И. Профилактика правонарушений среди молодежи. — М.: Академия МВД СССР, 1981. — 267 с.
7. Алексеев А.И. Педагогические основы предупреждения преступлений ОВД: Учебное пособие. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1984. — 267 с.
8. Демидов В. Некоторые вопросы применения особого порядка судебного разбирательства // Российская юстиция. — 2003. — №4.

Неледва Н. В. Убеждение как главный метод примирения сторон в уголовном процессе

Аннотация. Обсуждается проблема использования убеждения как главного метода примирения сторон в уголовном процессе на основе данных современной правовой науки.

Ключевые слова: убеждение, примирения, прощения.

Nelevda N. V. Persuasion as the main method of the reconciliation of parties in criminal process

Summary. Discusses the problem of the use of persuasion as the main method of reconciling parties in criminal process on the basis of modern legal science.

Keywords: persuasion, reconciliation, forgiveness.

Шиманський Ф. В.,

*к. ю. н., професор кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету,
старший радник юстиції*

ХАБАРНИЦТВО: В КОНЦЕПЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ

Анотація. Проводиться кримінально-правовий аналіз хабарництва, формуються ознаки хабарництва і досліджуються його механізм, проваджуються причини та умови, які її породжують.

Ключові слова: корисливий службовий злочин, державний службовець, організовані злочинні угруповання, співучасть в одержанні хабара.

Постановка проблеми. В Концепції реформування кримінальної юстиції України визнано, що система кримінальної юстиції є громіздкою, внутрішньо суперечливою, не завжди науково обґрунтованою і надмірно ускладненою. Діяльність її суб'єктів характеризується дублюванням повноважень, відсутністю чіткого визнання та розмежування компетенції, надання пріоритету другорядним завданням, застосуванням невинуватим формальних процедур. Вони мають недосконалу функціональну спроможність.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженням проблеми хабарництва займалися такі науковці як Василичук В.І., Бондаренко А.А., Лукомський В.С., Дудоров О.О., Мельник М.І., Шалгунова С.А. та інші, але у зв'язку із реформуванням законодавства, виникла потреба у здійсненні аналізу положень Закону України «Про корупцію».

Виклад основних положень. Численні зміни у кримінальному процесі не мають системного характеру. Органи влади, що мають повноваження проводити дізнання, слідство та застосовувати запобіжні заходи, створені як механізм переслідування і репресій. Вони не трансформовані в інститут захисту і відновлення порушених прав осіб. Довіра суспільства до них є гранично низькою, такою, що не забезпечує ефективності роботи.

Тому вимоги Президента України Віктора Януковича про те, що хабарництво і корупцію необхідно викоринювати і запропонований ним закон «Про засади запобігання і протидії корупції», створює надійне підґрунтя для посилення боротьби з цим злом» [1]. Закон на думку учених-юристів, передбачає впровадження дієвих механізмів для запобігання виникненню корупції усунення причин та умов, які її породжують.

Безпосередньо щодо запобігання і протидії злочинам відноситься таке концептуальне питання, як гуманізація кримінального законодавства і завдання посилення боротьби із службовою злочинністю. Найбільш характерним, небезпечним і розповсюдженим службовим злочином є одержання хабара.

Наша позиція з даного питання полягає в наступному: одержання службовою особою не передбаченої законом винагороди за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар, або в інтересах третьої особи, будь-якої визначеної дії, чи як оплата — подяка за уже вчинене, — це лише різновиди хабарництва як одного з проявів корупції. У поведінці службової особи, що приймає матеріальну винагороду, навіть не обумовленій попередньою домовленістю за вже зроблену дію чи бездіяльність по службі, містяться всі необхідні елементи складу одержання хабара, тому що в діях особи, що передає цю винагороду, — склад давання хабара.

При цьому слід мати на увазі, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання фізичними і юридичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості.

Особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов'язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

До категорії посад державних службовців, перелік яких надано у ч. 2 ст. 9 і ст. 25 Закону від 16 грудня 1993р. «Про державну службу», Кабінету Міністрів України надано право за погодженням з відповідними державними органами відносити й інші посади. Тому в кожному такому випадку суди мають перевіряти наявність акту Кабінету Міністрів України про віднесення особи, яка притягається, до категорії державних службовців».

З об'єктивної сторони розглянутий злочин виражається в одержанні службовою особою або через посередника хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар, або в інтересах третьої особи будь-яких дій, якщо до таких дій входять службові повноваження службової особи, вона в силу службового положення може сприяти таким діям, а рівно за загальне заступництво по службі.

Таким чином, хабар може мати характер підкупу (підкуп — це надання або обіцянка надання особі матеріальної (надання грошей або майна, передача чи збереження прав на майно, звільнення від майнових зобов'язань) або іншої (допомога у працевлаштуванні, вирішення певних життєвих проблем, звільнення від кримінальної відповідальності тощо) вигоди у разі вчинення цього злочину), коли сам факт передачі винагорода (чи домовленості про неї) зумовлює відповідну поведінку (виконання чи невиконання) службової особи, але може бути й незаконною матеріальною подякою — винагородою за уже вчинене, хоча ніякої домовленості про цю винагороду не було та її одержувач здійснював службову дію чи бездіяльність, не розраховуючи на наступну винагороду.

Службове положення суб'єкта визначає не тільки його юридичні можливості, пов'язані з колом прав і обов'язків на займаних ним посадах, але й фактичні можливості, що впливають з авторитету займаної посади в державному органі, органі місцевого самоврядування, а також зі службових зв'язків службової особи. Користуючись ними, службова особа може за винагороду вплинути, так чи інакше сприяти здійсненню (нездійсненню) вигідної для хабародавця дії іншою службовою особою, можливо нічого не знаючої про цю винагороду, а також вплинути на іншу службову особу, що знаходиться від нього у певній залежності (наприклад, начальник податкової інспекції стосовно службової особи торгової організації, що перевіряється ним). Крім того, стосовно до розглянутого випадку треба мати на увазі роз'яснення, що міститься в п. 2 постанови Пленуму ВСУ № 5, де вказується: «Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла чи повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких дій, на які вона не була уповноважена, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

Звичайно, особисті зв'язки між службовими особами часто зав'язуються з урахуванням займаного сьогодні й у майбутньому положення.

Однак використання таких зв'язків усе-таки не стосується службової діяльності суб'єкта.

Із усього розмаїття способів давання-одержання хабара дослідники-правознавці виділяють дві основні форми: *просту* і *завуальовану*. Проста полягає у безпосередньому врученні предмета хабара службовій особі, її рідним чи близьким, передача його через посередника або третіх осіб. Сутність завуальованої форми полягає у тому, що факт давання-одержання хабара маскується у зовні законну угоду і має вигляд цілком законної операції: різні виплати, премії, погашення боргу, договору купівлі-продажу, кредиту, консультації, експертизи тощо. Така винагорода кваліфікується як хабарництво у випадку, коли вона надавалася — одержувалася незаконно (вплата коштів була безпідставною, речі чи нерухомість передавались за ціною, явно нижчою від реальної, оплата послуг була нееквівалентною тощо) [2]. На це ж саме, у своїй постанові, вказав і п. 8 постанови Пленуму ВСУ № 5 «Судам слід мати на увазі, що хабар може даватися та одержуватися і в завуальованій формі — під виглядом укладення законної угоди, безпідставного нарахування і виплати заробітної плати або премії, нееквівалентної оплати послуг різного характеру (консультації, експертизи тощо)».

Установивши, що хабар було передано у завуальованій формі, суд повинен зазначити це у вирокі і навести докази, на підставі яких він дійшов висновку, що гроші, матеріальні цінності чи послуги були передані або надані службовій особі як хабар та що це усвідомлювали і той, хто його давав, і той, хто одержував.

Прийняття хабара зовсім необов'язково пов'язано з безпосереднім, особистим, «живим» його одержанням службовою особою, хоча останнє, зрозуміло, сильно полегшує і без того непросто процедуру доказу хабарництва. Прийняття хабара може виражатися, на нашу думку, у момент зарахування грошей на банківський рахунок, за умови згоди службової особи прийняти гроші, підкріпленої діями, що свідчать про цю згоду. В аналізованій ситуації до таких дій можна віднести, наприклад, передачу службовою особою хабародавцю чи посереднику номера свого банківського рахунка. У тому випадку, якщо на ім'я службової особи відкривається новий банківський рахунок з перерахуванням на нього певної грошової суми, момент закінчення злочину буде пов'язаний із прийняттям службовою особою документів на цей рахунок.

Для кваліфікації одержання хабара важливе визначення моменту *закінчення* злочину. Склад сконструйований за типом формального, тому одержання хабара вважається закінченим

злочином з моменту прийняття службовою особою хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар, або в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади або службового становища.

Кримінально-правова теорія і практика визнають, що одержання хабара буде юридично закінчено в момент прийняття хоча б частини хабара, якщо винагорода передавалася вроздріб. Цей момент порівняно легко визначити, коли у якості предмета хабара передаються гроші чи будь-яке інше рухоме майно і передача здійснюється безпосередньо з рук у руки. Значно складніше вирішити дану проблему, коли предметом хабара є різні вигоди майнового характеру.

Однак, маючи на увазі розмаїття предметів хабара у виді вигод майнового характеру, найчастіше неможливо точно установити момент прийняття службовою особою хабара у цих випадках. Коли хабар представляється у виді відповідної послуги, злочин, на нашу думку, закінчено у момент початку користування цією послугою. Але в будь-якому випадку повинен бути встановлений конкретизований факт не тільки надання, але й прийняття службовою особою подібної вигоди майнового характеру.

Можливі пропозиції чи вимоги з боку службової особи дати хабар, передати його через посередників, переговори щодо термінів, розміру і порядку сплати винагороди — усе це попередня злочинна діяльність службової особи у відповідності зі ст. 15 КК.

Ряд учених висловлюють судження, що одержання хабара варто вважати закінченим злочином не з моменту його прийняття, а з моменту виконання в зв'язку з ним дії з використанням службового становища [3]. На думку Б.В. Волженкіна, ця точка зору суперечить законодавчій конструкції складу, усе вчинене службовою особою за одержання винагороди повинне бути піддано правовому аналізу і, якщо незаконні дії службової особи містять ознаки якого-небудь злочину, вони повинні одержати самостійну оцінку.

Необхідно відзначити, що ця обставина в окремих випадках упускалася з виду органами досудового слідства, які, установивши склад хабарництва, не давали ніякої правової оцінки діям, зробленим за хабар і утворюючим самостійний склад злочину. У зв'язку з цим, п. 7 постанови Пленуму ВСУ №5 підкреслив, що давання чи одержання у якості хабара предметів, збут і придбання яких утворює самостійний склад злочину чи утворює сукупність злочинів і кваліфікується за відповідними частинами статті КК, яка передбачає відповідальність за збут чи придбання цих предметів.

Для правильної кваліфікації і розгляду справ з одержання хабара дуже важливо правильно визначити *суб'єкт* даного злочину.

Суб'єктом одержання хабара може бути тільки службова особа. При вирішенні питання, чи є службовою та чи інша особа, варто керуватися тим, що до даної категорії відносяться наступні особи. По-перше, це особи, що постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади. По-друге, це особи, що займають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах, організаціях, незалежно від форм власності, посади, пов'язані з організаційно-розпорядничими, адміністративно-господарськими обов'язками або які виконують такі обов'язки на підставі спеціальних повноважень.

Характеризуючи суб'єктів одержання хабара п. 1 постанови Пленуму ВСУ № 5 визначає зміст організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків службових осіб, однак не розкривається, яким чином варто розуміти ці ж обов'язки службових осіб, які виконують управлінські функції в комерційній чи іншій організації. У юридичній літературі ставлення до таких порівнянь неоднозначне [4]. Це викликано тим, що зміст названих функцій розмежувати практично неможливо. Абсолютно схожі дії керівників муніципальної установи (службової особи) і муніципального унітарного підприємства (керівника, здійснюючих, наприклад, прийом на роботу або звільнення працівника, підписання договору оренди приміщень, устаткування, іншого майна). Ці керівники мають рівні права й можливості, здійснюють по суті тотожні дії з рівнозначними соціально-правовими наслідками.

Отже, організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції службових осіб і осіб, що виконують управлінські функції в комерційній та іншій організаціях, за своїм змістом аналогічні, що варто було б відбити в судових роз'ясненнях.

Необхідно відзначити, що службова особа може бути наділена водночас сукупністю зазначених у законі функцій, однак при вирішенні питання про суб'єкта слід визначити, які функції проявилися при здійсненні злочину. Саме вони повинні бути зазначені як спеціальні ознаки, що характеризують суб'єкт. У постанові про залучення у якості обвинувачуваного і вироку повинно бути чітко зазначено, за якою ознакою особа визнається спеціальним суб'єктом злочину.

У постанові необхідно було б установити і «місце» виконання службових обов'язків, тобто організаційно-правову форму організації, у випадку розгляду змісту функцій для виділення службових осіб і осіб, що виконують управлінські функції з загального числа працівників організації. Серед

суб'єктів хабарництва найбільшу небезпеку представляють працівники правоохоронних органів і судді, тому що саме вони стоять на стражі закону. На жаль, практика показує, що хабарництво в цьому середовищі — явище нерідке. У зв'язку з цим виникає питання про доцільність установлення підвищеної кримінальної відповідальності за одержання хабара суддею, прокурором, чи слідчою особою, що робить дізнання. Тим більше, як визнав за необхідне вказати про це законодавець у статті 370 КК України, що такі прецеденти є в закордонному кримінальному законодавстві (див., наприклад, ст. 364 КК Нідерландів, ст. 319-3 КК Італії, де передбачається підвищена кримінальна відповідальність за одержання хабара суддею) [5].

На жаль, робота навіть за виявленими фактами одержання хабара найчастіше закінчується нульовим результатом у зв'язку з труднощами доведення злочинної поведінки і проблемами кваліфікації злочинів. На деяких з них хотілося б зупинитися.

Кваліфікованими видами одержання хабара закон вважає випадки одержання хабара, якщо вони вчинені: 1) у великому розмірі, 2) службовою особою, яка займає відповідальне становище, 3) за попередньою змовою групою осіб, 4) повторно, 5) поєднане з вимаганням хабара (ч. 2 ст. 368); і особливо кваліфікованими — одержання хабара: 1) в особливо великому розмірі, 2) службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище (ч. 3 ст. 368).

У постанові Пленуму ВСУ № 5 зазначалось, що хабарництво, особливо кваліфіковані його форми, підриває авторитет демократичних інститутів держави, дезорганізовує нормальну роботу органів влади й управління, дискредитує їхню діяльність, негативно впливає на моральний стан суспільства, загрожує процесам реформування економіки і відродження української державності.

До кваліфікованого виду злочину відноситься одержання хабара у великому розмірі і до особливо кваліфікованого — одержання хабара в особливо великому розмірі.

Хабаром у великому розмірі вважається такий, що у двісті і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, в особливо великому — такий, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян (п. 1 примітки до ст. 368).

У цьому зв'язку варто акцентувати увагу на п. 13 постанови Пленуму ВСУ № 5 «Оскільки від розміру хабара залежить кваліфікація злочину, предмет хабара повинен отримати грошову оцінку в національній валюті України. Це є необхідним і у випадках, коли у якості хабара було передано

майно, яке з тих чи інших причин не купувалося (викрадене, подароване, знайдене тощо).

При визначенні вартості предмета хабара слід виходити з мінімальних цін, за якими в даній місцевості на час вчинення злочину можна було вільно придбати річ або одержати послуги такого ж роду і якості».

Злочинна діяльність корумпованих службових осіб іноді продовжується тривалий час, у ході якого вони багаторазово одержують хабарі. Виникає питання: чи можна, визначаючи великий (особливо великий) розмір одержання хабара, робити додавання сум, отриманих винним у різний час? Представляється, що так чинити не можна при одержанні хабарів у різний час від різних осіб за самостійні не пов'язані між собою дії по службі, при одержанні хабарів від однієї особи за самостійні, зроблені в різний час дії по службі при одночасному одержанні хабарів від декількох осіб за здійснення відносно кожної з них окремої дії та при інших варіантах кількаразового одержання хабарів. У той же час, якщо службова особа одночасно одержала хабар від декількох осіб за здійснення відносно них однієї загальної дії, розмір хабара визначається загальною підсумковою сумою. Наприклад, ряд учених вважає можливим у всіх випадках поєднувати кількаразове одержання хабара в один великий чи особливо великий хабар [6].

Погоджуючись з думкою цих авторів, слід зазначити, що регулярне одержання грошової винагороди від тих самих осіб дає всі підстави розглядати злочинну діяльність одержання хабара, що продовжується, загальний сумарний розмір якого і повинний визначати кваліфікацію злочину в сфері службової діяльності.

Цікава з теоретичної і практичної точки зору ситуація виникає, коли службова особа, маючи намір на одержання хабара у великому розмірі, по незалежним від неї причинам, змогла одержати тільки частину цього хабара, що не перевищує двісті мінімальних розмірів доходів громадян. З одного боку, намір злочинця на здійснення злочину з кваліфікуючою обставиною не доведений до кінця, що дає підставу для кваліфікації вчиненого як замах на одержання хабара у великому розмірі. Саме така позиція Б.В. Здравомислова. У той же час відомо, що одержання хабара вважається закінченим злочином з моменту прийняття службовою особою хоча б частини незаконної винагороди.

Судова практика нерідко вбачає в таких ситуаціях ідеальну сукупність злочинів: закінчене одержання хабара без даної кваліфікуючої ознаки і замах на одержання хабара у великому розмірі.

Якщо в діях службових осіб, що одержали хабар, містяться кваліфікуючі ознаки, передбачені в різних частинах ст. 368 КК (наприклад, кількаразове одержання хабара за незаконні дії у великому розмірі службовою особою, що займає особливо відповідальне положення), вчинене варто кваліфікувати за частинами 2 і 3, однак, в обвинуваченні (постанові про залучення особи у якості обвинувачуваного, обвинувальному висновку та вирок) повинні бути згадані всі кваліфікуючі ознаки діяння.

Однією з кваліфікуючих ознак, що свідчать про підвищену суспільну небезпеку зазначених видів злочинів є поняття *службова особа, яка займає відповідальне положення і службова особа, яка займає особливе відповідальне положення*.

Наявність даної кваліфікуючої обставини у складі одержання хабара цілком виправдано. Суспільна небезпека хабарництва як злочину, що зазіхає на інтереси нормальної діяльності апарата управління та підриває його авторитет, істотно збільшується у залежності від займаного суб'єктом службового положення. Чим більш високу посаду він займає, тим ширше і важливіше його повноваження і тим вище ступінь провини працівника, що одержує хабар.

Службові злочини, особливо хабарництво, не просто злочини, це надто негативне явище, що підриває устої суспільства і держави, перешкоджаючи їх нормальному розвитку. Ніхто не сперечається з тим, що боротьба з цим явищем повинна вестися і при цьому повинна бути самою що ні є рішучою. Проблема тут не в тому, боротися чи ні з цим негативним явищем, а в тому, як це робити, які методи і засоби потрібно використати. І саме в цьому немає єдиної думки, немає чіткої та ефективної програми боротьби з цим видом злочинів, його профілактики й попередження.

Висновки. Таким чином, мною перераховані лише основні питання, які потребують свого вирішення в процесі формування і реалізації плану заходів щодо втілення положень Концепції в життя. Безумовно, кожне з цих питань тягне за собою вирішення цілої низки інших кримінологічних проблем. Особливо це стосується визначення органів, або системи органів, які будуть безпосередньо розробляти і реалізовувати заходи запобігання службовим злочинам, хабарництво та іншим правопорушенням. Звідси висновок: питання запобігання і протидії хабарництва та корупції мають стати пріоритетними в організаційно-правовому забезпеченні реформ в системі кримінальної юстиції і її структуризація в сучасний період.

Література:

1. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» 7 квітня 2011 року № 3206-VI.
2. Волженкин Б.В. Комментарий к ст. 290 УК РФ в кн. комментарий к УК РФ / Под общ. ред. В.И. Падченко и А.С. Махлина. — М.: Наука, 2000. — 560 с.
3. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. — М.: Юристъ, 1975. — 456 с.
4. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. — К.: Наукова думка, 1978. — 762 с.
5. Келина С.Г. Правовые проблемы уголовной ответственности за взяточничество. — М.: Юристъ, 1998. — 367с.
6. Долгова А.И., Ванюшкин С.В. Коррупционная преступность // Криминология. — М., 1997. — 983 с.

Шиманский Ф.В. Взятничество: в концепции реформирования уголовной юстиции Украины
Аннотация. Проводится уголовно-правовой анализ взяточничества, формируются признаки взяточничества и исследуется его механизм, выявляются причины и условия, которые его порождают.

Ключевые слова: корыстное служебное преступление, государственный служащий, организованные преступные группировки, соучастие в получении взятки.

Shymanski F.W. Bribery: the concept of reforming the criminal justice system in Ukraine
Summary. A criminal legal analysis of bribery, graft and form attributes investigate its mechanism, identifies the causes and conditions that generate it.

Key words: acquisitive crime office, public servant, organized crime, complicity in bribery.

Вишняков О.К.,

*д. ю. н., завідувач кафедри права
Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного
університету «Одеська юридична академія»,*

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ В УКРАЇНІ ЗАСОБАМИ НАДНАЦІОНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ (НА ПРИКЛАДІ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ)

Анотація. Статтю присвячено застосуванню наднаціональної прецедентної практики Європейського суду з прав людини в правовій практиці України та новим можливостям для вітчизняної прецедентної практики, що їх створено в результаті реформи судочинства в Україні.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, Верховний Суд України, судова практика, прецедентне право, засоби захисту прав.

Конституційний принцип верховенства права підвищує роль судової практики не тільки у захисті прав особи, а й у правовому регулюванні суспільних відносин як таких. При цьому, судова влада має бути спроможною заповнювати прогалини в системі нормативно-правового захисту особи. Ефективним засобом виступає судова практика, але в умовах, коли законодавство України пов'язує рішення судді з його незалежністю судді та його підкоренням тільки закону, процес винесення рішення судів у однакових категоріях справ індивідуалізується абсолютним чином. Отже, одною з основних проблем української судової системи залишається відсутність єдності судових рішень. Перспективним шляхом вирішення цієї проблеми є судова практика, що визначається категорією прецедентного права.

Перш за все, не можна не відзначити прецедентного характеру конституційного правосуддя в Україні (ст. 150 Конституції України) [1, ст. 69]. Нові перспективи в напрямку розвитку прецедентної судової практики в Україні відкрив Закон про судоустрій та статус суддів від 7 липня 2010 р. [2] — Верховний Суд України (ВСУ) отримав принципово нову функцію з розгляду справ щодо неоднакового застосування судами касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах (ст. 38). Процесуальні кодекси передбачають на розвиток цих положень, що такі рішення ВСУ є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх

судів України, причому суди зобов'язані привести свою практику у відповідність з рішенням ВСУ, а невиконання цього рішення тягне за собою відповідальність, установлену законом. Отже, правило про загальну обов'язковість рішення у конкретній справі щодо застосування певної норми у подібних правовідносинах, встановлену на невизначений час на майбутнє, дає підстави стверджувати про прецедентний характер зазначених рішень ВСУ відносно застосування певних правових норм чи правових принципів.

Серед засобів захисту все більш важливу роль відіграють засоби в рамках наднаціональної юрисдикції, зокрема, засоби, що виробляються Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ). При цьому варто відзначити легалізацію Законом України від 23 лютого 2006 р. [3] прецеденту в Україні де-юре відносно рішень ЄСПЛ, а отже, — й його практики з захисту прав фізичних та юридичних осіб (а крім того — також й адміністративної практики Ради Європи).

Як відомо, юрисдикція ЄСПЛ має своїм об'єктом захист прав, закріплених у Європейській конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод (ЕКПЛ) [4]. Одним з напрямів захисту прав при цьому виступає захист майнових прав. Оскільки гарантія майнових прав і право на звернення до ЄСПЛ поширюється ЕКПЛ як на фізичних, так й на юридичних осіб (ст. 1 Першого протоколу до ЕКПЛ), це надає будь-якому суб'єкту підприємницької, інвестиційної або іншої економічної діяльності, в тому числі підприємствам, господарським товариствам та ін., можливість безпосереднього звернення до ЄСПЛ, за умови, якщо були вичерпані усі національні засоби захисту (п. 1 ст. 35 ЕКПЛ). ЕКПЛ є направленою на захист прав людської особи, індивідуума, отже, — визнання за юридичною особою права звертатися до ЄСПЛ означає за кінцевим рахунком захист прав фізичних осіб, які, так чи інакше, стоять за особами юридичними, які, у свою чергу, фактично лише представляють інтереси фізичних осіб як кінцевих власників.

Іншою стороною спору виступає держава, але це не означає, що при розгляді справи на національному рівні вона також обов'язково повинна була фігурувати як сторона, — нею може бути і орган державної влади або його посадова особа. Інакше звернення до ЄСПЛ було би поставлене у залежність від того, чи допускає законодавство тієї або іншої країни можливість притягнути державу як особу, що бере участь в справі (у процесуально-правовому значенні), а це, своєю чергою, могло б потенційно закрити процесуальний шлях до ЄСПЛ. Оскільки ЄСПЛ розглядає скарги (заяви) на дії (бездіяльність) держави будь-яких осіб, в тому числі іноземних, незалежно від згоди відповідної держави на розгляд даної справи і незалежно від позиції представника цієї держави в ЄСПЛ, за умови приєднання цієї держави до ЄКПЛ, останній виступає як наднаціональний орган правосуддя.

Традиційно, справами про захист майнових прав вважаються справи, що впливають з порушення положень ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ, яка передбачає право кожного на мирне володіння своїм майном. Разом з тим, на наш погляд, різновидом справ про захист майнових прав, що розглядаються в ЄСПЛ, є й спори з захисту майнових інтересів, зокрема спори, що впливають з деліктів, які, своєю чергою, не завжди мають бути пов'язаними з порушенням ст. 1 Першого протоколу: в результаті дій (бездіяльності) органу держави суб'єкту заподіюються майнові та/або моральні збитки, суб'єкт звертається з позовом про відшкодування збитків до цього органу в рамках національної юрисдикції, не одержує належного задоволення своїх вимог і далі звертається до ЄСПЛ з вимогою про відшкодування («справедливу сатисфакцію» — ст. 41 ЄКПЛ), яка є зверненою до держави через загальне або спеціальне нормативно-правове гарантійне зобов'язання останнього.

Хоча відсутність наднаціонального механізму примусового виконання рішень ЄСПЛ фактично звужує рамки захисту, вона не обмежує формально компетенції ЄСПЛ визнавати нормативні акти держави або дії його органів та службових осіб такими, що суперечать ЄКПЛ. Отже, вважаємо можливою і іншу схему: захист майнових прав, коли збитки заподіюється унаслідок змін в законодавстві. В цьому випадку в рамках національної юрисдикції до держави може бути поданий позов про відшкодування збитків, а потім, в результаті незадоволення або неповного задоволення на національному рівні, — заявлено вимогу про «справедливу сатисфакцію» у зверненні до ЄСПЛ. Можлива й вимога про визнання недійсним нормативного акту відповідного державного органу або органу з делегованими повноваженнями.

Відмова в належному задоволенні цієї вимоги відкриває можливість подальшого звернення до ЄСПЛ з вимогою про визнання цього нормативного акту таким, що суперечить ЄКПЛ, яка включає вимогу про «справедливу сатисфакцію».

Уявляється також можливим безпосереднє звернення до ЄСПЛ, коли звернення до суду загальної судової системи з вимогою до держави або до органу з державними повноваженнями відповідно до національного законодавства неможливі (оскільки в даному випадку національні засоби розв'язання спору будуть фактично вичерпані), наприклад, з питань конституційної юрисдикції в умовах України, оскільки Конституційний суд України (КСУ) не може бути віднесений до «засобів розв'язання спорів». Але якщо, наприклад, КСУ вирішив питання про підвідомчість Вищому господарському суду України справ, в яких однією із сторін виступає Кабінет Міністрів України, подальше звернення до ЄСПЛ з позовом щодо порушення з боку держави права на судовий захист стане неможливим, причому незалежно від висунення вимоги про «справедливу сатисфакцію».

Звернення до ЄСПЛ майнового характеру пов'язується з тим, що особа, яка захищає свої майнові права, вважає рішення органу (органів) загальної національної юрисдикції таким, що суперечить ЄКПЛ. Проте, ЄСПЛ не виступає вищою судовою інстанцією, оскільки оскаржуються дії держави в цілому, а не рішення національного суду (хоча і в зв'язку тільки з діями юрисдикційних органів держави). Якщо справа з тих або інших причин зовсім не розглядається національною юрисдикцією по суті: у зв'язку із закінченням термінів позовної давності, відмовою в прийомі позовної заяви і в інших випадках, необхідно вжити заходів до відновлення термінів, оскарження відмови в прийомі заяви та ін. Лише після вичерпання цих заходів з'являється підстава звернутися до ЄСПЛ з позовом до держави та відповідними майновими вимогами.

Майнові спори (конфлікти) приватних осіб з державою, що є предметом розгляду ЄСПЛ, мають приватно-публічний характер, держава не виступає в них як юридична особа-суб'єкт відносин приватно-правового характеру. У випадку захисту майнового права останнє впливає не з цивільно-правового правочину, а з речового чи деліктного права (з приватно-правової точки зору) та конституційних правовідносин між державою та іншими суб'єктами права, в рамках яких держава приймає на себе обов'язок поважати і захищати майнові права і інтереси суб'єктів права та право на майнову компенсацію при порушенні як майнових, так й немайнових прав

(з публічно-правової точки зору). Саме тому при передачі справ до ЄСПЛ відповідачем виступає держава в цілому. Це можуть бути справи, в яких особою, що брала участь в справі на національному рівні, виступала не держава в цілому, а орган держави (регуляторний, податковий, митний, фінансовий, з регулювання фондового ринку, антимонопольний, з контролю цін та ін.) або муніципальний орган, або недержавні організації, що здійснюють функції державного чи муніципального регулювання у порядку делегування повноважень (ліцензування підприємницької діяльності, обов'язкове страхування і т.п.). У ЄСПЛ особою, що бере участь у справі як відповідач, виступає тільки держава в цілому як гарант охорони майнових інтересів суб'єктів права. З другого боку, немає підстав для звернення до ЄСПЛ по вимогах, що випливають з відносин, де держава виступає як юридична особа-учасник цивільно-правового обороту (держзакупівлі, держзамовлення і т.п.), тобто по вимогах, що не випливають з публічно-правових відносин.

Характер звернення до ЄСПЛ можна було б звести до вимоги про визнання порушеним майнового права, пов'язаної або не пов'язаної з вимогою про відшкодування збитків (вимогою про „сатисфакцію”). Позовний характер вимоги до держави не залежить в даному випадку від характеру справи на національному рівні (наприклад, справи непозовного характеру в судах України).

Обов'язковість рішень ЄСПЛ для України ґрунтується на тому, що ЄКПЛ, через Конституцію України, є, як й інші міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, частиною її національного законодавства.

Треба зазначити, що у сучасних конституційних умовах в Україні, коли державні суди функціонують як гілка державної влади, а отже, мають владний суверенітет, прецедентне право в Україні існує також де-факто, але, на жаль, в останньому випадку єдність судової практики все ще не забезпечується чіткими правовими гарантіями на всіх рівнях судової системи. Між тим, суцільна легалізація прецедентного права в Україні давала б змогу регулювати базові суспільні відносини (наприклад, цивільні майнові) та відносини, що їх забезпечують (наприклад, відносини іноземного приватного підприємця з владою) також і засобами судового захисту. Важливим кроком в цьому напрямку стало положення, внесені до процесуальних кодексів в результаті законодавчого реформування системи судоустрою, згідно з яким рішення ВСУ, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм

матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями ВСУ. Невиконання судових рішень ВСУ тягне за собою відповідальність, установлену законом. Це положення підсилено додатковим положенням про те, що при виборі правової норми, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин, суд зобов'язаний враховувати висновки ВСУ, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права.

Суттєвим кроком в цьому напрямку є й базована на Законі про судоустрій практика перегляду справ національних судів, рішення по яких були предметом розгляду ЄСПЛ. ВСУ, як відомо, виконує функцію перегляду справи у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи українським судом. До таких установ належить, поряд з іншими, ЄСПЛ. Це, безумовно, має формувати у ВСУ певні стандартні підходи щодо тої чи іншої категорії справ, які можуть потенційно бути поданими на розгляд до ЄСПЛ або вже там розглянуті. Оскільки ЄКПЛ в силу ст. 9 Конституції є частиною національного законодавства України, запровадження практики винесення ВСУ зазначених рішень має суттєво знизити кількість звернень до ЄСПЛ, в тому числі звернень з заявами, що повторюються за своєю сутністю (так звані «справи-клони»). Обов'язкова прецедентна практика ВСУ має застосовуватися й в цьому разі, а отже — ця практика є механізмом впровадження в судову практику України прецедентних рішень ЄСПЛ як наднаціонального юрисдикційного органу, спрямованих на захист прав і інтересів, в тому числі майнових.

Література:

1. Закон України від 16.10.1996 р. «Про Конституційний Суд України» // Відомості Верховної Ради України, 1996 р., № 49, ст. 272.
2. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010, № 41-42, № 43, № 44-45. — Ст. 529.
3. Закон України від 23.02.2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // Офіційний Вісник України 2006, № 12. — Ст. 792.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

Вишняков А.К. Правовая защита в Украине средствами наднациональной юрисдикции (на примере защиты имущественных прав)

Аннотация. Статья посвящена применению наднациональной прецедентной практики Европейского суда по правам человека в правовой практике Украины и новым возможностям для отечественной прецедентной практики, созданным в результате реформы судопроизводства в Украине.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, Верховный Суд Украины, судебная практика, прецедентное право, способы защиты прав.

Vyshniakov O.K. Remedies in Ukraine by means of supranational jurisdictions (property rights remedies)

Summary. The article is devoted to implementation of European Court of Human Rights supranational case-law in Ukrainian legal practice and to new opportunities for Ukrainian domestic case-law made in the results of judicial reform.

Key words: European Court of Human Rights, Supreme Court of Ukraine, judicial practice, case-law, remedies

*Нестеренко С.С.,
к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права
та порівняльного правознавства
Міжнародного гуманітарного університету*

ПРИНЦИП СПЕЦІАЛЬНОСТІ У МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Анотація. Стаття присвячена розгляду дії принципу спеціальності у міжнародному кримінальному праві на прикладі інституту екстрадиції. Відповідно до принципу спеціальності, запитуюча держава може переслідувати в кримінальному порядку особу тільки за злочин, за який її було видано.

Ключові слова: принцип спеціальності, видача, захист прав осіб.

Постановка проблеми. Відповідно до принципу спеціальності видана особа не може бути переслідувана у кримінальному порядку, підлягати покаранню за які-небудь інші злочини, крім тих, які обумовили видачу. Іноді для позначення даного правила використовують терміни «спеціалізація», «конкретність», що, однак, не тягне яких-небудь змін самого поняття. Однією з основних функцій принципу спеціальності є функція захисту прав особи, залученої до екстрадиційної процедури, обмеженні її переслідування лише тим діянням, яке дозволило запитуваній державі прийняти позитивне рішення про екстрадицію, так як будь-який вихід за межі діянь, передбачених екстрадиційним запитом, може істотно погіршити положення особи.

Аналіз останніх досліджень. Принцип спеціальності у контексті екстрадиції розглядали вітчизняні та закордонні вчені: А.Х. Абашидзе, Ш. Бассіуні, С.С. Беляєв, О.І. Бойцов, В.Г. Буткевич, Р.М. Валеев, Ю.Г. Васильєв, О.І. Виноградова, С. М. Вихрист, Н.А. Зелінська, А. Кассезе, С.Ф. Кравчук, С. Я. Лихова, І.І. Лукашук, Пашковський, Н.А. Сафаров, М. П. Свистуленко, М. І. Смирнов, К. Станбрук, А. Станбрук та ін.

Різноманітні аспекти екстрадиції, які розглядалися у працях учених, свідчать про інтерес до проблематики інституту екстрадиції, але не вичерпують всю її складність. **Мета** даної статті — дослідити дію принципу спеціальності в міжнародному кримінальному праві на прикладі інституту екстрадиції.

Виклад основних положень. У випадках, коли особа притягується до відповідальності за злочин, який був підставою для її видачі, не виникає яких-небудь труднощів. У подібній ситуації кримінальне переслідування здійснюється в тих межах,

які зазначені в запиті про екстрадицію. Однак особою можуть бути вчинені злочини, про які не було відомо під час її видачі. Не можна також виключити й ситуації, коли злочин вчиняється після видачі. Чи може в цьому випадку особа підлягати кримінальній відповідальності за злочин, що не фігурував в запиті про екстрадицію та не розглядався як підстава для видачі з боку запитуваної держави? [1].

Сучасне трактування правила «спеціалізації» є результатом складного й суперечливого розвитку різних поглядів на проблему обсягу кримінального переслідування видаваної особи. Правило спеціалізації вперше було закріплено у Договорі про видачу між Францією та Бельгією 1834 р. [2]. У правовій практиці існувало два підходи до її рішення: одержання згоди у самої особи на переслідування за злочин, що не передбачався екстрадиційним запитом, і одержання такої згоди у держави, що видала особу. Так, у ст. 9 Франко-Баварської конвенції від 29 листопада 1869 р. вказувалося, що видана особа не буде підлягати ні переслідуванню, ні покаранню за злочини чи проступки відмінні від тих, які згадуються у запиті про видачу, якщо тільки ці злочини чи проступки не передбачені ст. 2 і якщо уряд, який погодився на видачу, не дасть своєї згоди, або якщо обвинувачений не дасть своєї позитивної чи добровільної згоди, оповістивши уряд, який його видав. Франко-Бельгійська конвенція від 29 квітня 1869 р. вимагає лише згоди обвинуваченого та оповіщення про цю згоду державу-відповідача (ст. 10) [3]. Згодом загальне поширення отримав другий підхід, оскільки обвинувачувані не тільки не давали згоди на розширення обсягу кримінального переслідування, але й взагалі прагнули заперечити саму екстрадицію.

В літературі зазначається, що правило спеціальності є універсальним й внаслідок цього отримало статус загального принципу міжнародного права [4]. Деякі дослідники надають правилу спеціалізації статус звичаю. Так, на думку Ш. Бассіуні, «принцип спеціалізації є настільки широко визнаним у міжнародному праві і практиці, що це стало нормою звичаєвого міжнародного права» [5]. Г. Гриффіт, К. Харріс вказують, що включення

принципу спеціальності в різні міжнародні документи надає деяку підтримку цій точці зору» [6]. Посилаючись на норму звичаєвого міжнародного права, можна стверджувати: без згоди запитуваної держави видавана особа не може бути засуджена або покарана за інший злочин, ніж той, за який вона була видана [7].

Традиційне обґрунтування правила спеціалізації заключається у необхідності захисту державного суверенітету. В основі правила спеціалізації лежить той факт, що видача є договірною угодою між державами [8]. Г. Джилберт зазначає, що «принцип спеціальності... закріплює договірний характер угоди між двома державами, де запитуюча держава повинна визнати, що держава притулку здійснює видачу за певні злочини, а не за інші [9]. Р.М. Валеєв вказує, що «не отримання згоди держави, яка видала злочинця, означало би обмеження її інтересів, неповагу до її державного суверенітету» [10]. Класична концепція, що ґрунтується на договірній природі відносин між державами в області екстрадиції виходить із того, що спеціалізація не наділяє особу, що підлягає екстрадиції суб'єктивним правом, а тільки дозволяє їй користуватися правами, які витікають із прав та інтересів запитуваної держави. Однак у сучасній доктрині можна спостерігати тенденцію розглядати права індивідів згідно протективної умови в екстрадиційних договорах і національних законах без заперечення сутності спеціалізації як, головним чином, проблеми державного суверенітету [11].

Необхідно відзначити, що правило спеціальності виконує ще одну важливу функцію — захист прав особи, залученої до екстрадиційної процедури. У літературі вказується, що «існує друга, і з точки зору запитуваної особи, більш критично важлива функція правила спеціалізації, яка спрямована на захист прав особи, яка видається. Мета даного правила полягає в тому, щоб вимагати — по відношенню до всіх злочинів, за вчинення яких видана особа може підлягати правосуддю — дотриманням всіх гарантій процесу екстрадиції, як, наприклад, подвійна кримінальність та політичні заперечення. Це повинно привести до запобігання використанню процесу екстрадиції запитуючою державою в неприпустимих цілях. У цьому сенсі, інші гарантії та заходи захисту, які належать до процедури екстрадиції, як, наприклад, подвійна кримінальність, політичні заперечення, а також виключення смертної кари, настільки ж мають силу, як і принцип спеціальності» [12]. Вихід за межі кримінального переслідування, дозволеного в процесі видачі, міг би привести до сваволі по відношенню до виданої особи [13].

Н.А. Сафаровим висувається й обґрунтовується ідея універсальності «спеціалізації», в основі

якої лежать наступні фактори. По-перше, поняття «спеціалізації» є похідним від поняття державного суверенітету. У цьому значенні одна з найважливіших функцій розглянутого правила полягає в захисті суверенних прав запитуваної держави. По-друге, універсальність «спеціалізації» підтверджується її правозахисними характеристиками, роль яких зводиться до обмеження можливого довільного виходу з боку запитуючої держави за межі екстрадиційного запиту. У зв'язку з цим, друга основна функція «спеціалізації» — захист прав видаваної особи. По-третє, універсальність «спеціалізації» підтверджується її застосовністю не тільки для екстрадиції, але й для механізму функціонування інших інструментів правового співробітництва в боротьбі зі злочинністю, і, зокрема, передачі осіб відповідно до європейського ордеру на арешт або передачі обвинувачуваних Міжнародному кримінальному Суду [14].

Роль і значення принципу спеціальності як одного з фундаментальних положень екстрадиції були підтвержені судовою й договірною практикою, і стало частиною діючого права. Дане правило знайшло своє відображення у двосторонніх та багатосторонніх договорах про видачу та правову допомогу (ст. 14 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р., ст. 13 Конвенції держав Бенілюксу про видачу 1962 р., ст. 14 Типового договору про видачу 1990 р., ст. 66 Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р., ст. 66 Договору між Російською Федерацією та Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., ст. 16 Договору між Австралією та Республікою Корея про екстрадицію 1990 р., ст. 17 Договору між Канадою та Швецією 2000 р. та ін.); національному законодавству держав (ст. 80 Закону про видачу Канади 1999 р., ст. 4 Закону Азербайджанської Республіки про видачу осіб, які вчинили злочини (екстрадицію) 2001 р., ст. 17 Закону Великобританії про видачу 2003 р. та ін.; а також судовій практиці.

Так, у справі *United States v. Rauscher* (1886 р.) Верховний суд США вказав, що доктрина спеціальності обмежує юрисдикцію суду щодо обвинуваченого, що дозволяє суду приймати рішення лише за обвинуваченнями, які охоплюються рамками договору про видачу і включеними у декрети уряду іноземної держави про видачу [15]. В іншій справі винувата особа, видана Нідерландами на вимогу ФРН, була засуджена з порушенням ст. 6 § 1 Договору між ФРН та Нідерландами, який передбачає принцип спеціалізації. В результаті того, що суд порушив відповідне положення договору, прокурор звернувся до Верховного суду,

вважаючи, засудження за інший злочин повинне бути відмінено. Федеральний Верховний суд у своєму рішенні від 12 березня 1965 р. вказав, що відповідно до принципу спеціалізації, який застосовується між ФРН та Нідерландами, видана особа може бути засуджена тільки за злочин, за який була видана [16].

М. Шульц вказує, що принцип спеціалізації передбачає три обмеження, які впливають на повноваження держав у питанні переслідування виданої особи: заборона переслідувати у кримінальному порядку за злочин, не передбачений у запиті про видачу; заборона передавати видану особу третій державі; заборона позбавляти всіма іншими способами особисту свободу виданої особи за діяння, що передували видачі [17].

Бойцов А.І. зазначає, що правило спеціалізації включає в себе два обмеження, що впливають на повноваження держави відносно меж переслідування виданої особи: а) заборона переслідувати за злочин, не вказаний у запиті про видачу, та б) заборона передавати видану особу третій державі без згоди запитуваної держави [18].

На основі аналізу договірної та національної практики держав, можна зробити висновок, що принцип спеціалізації проявляє свою позицію в наступних правових категоріях. Особа, яку було видано, не піддається кримінальному переслідуванню, не може бути засудженою або затриманою з метою виконання вироку або постанови про утримання під вартою ні за яке правопорушення, вчинене до її видачі, крім правопорушення, за яке вона була видана, і її особиста свобода ні з яких інших причин не може обмежуватися, за винятком таких випадків:

— розширення обсягу кримінального переслідування можливе у тому випадку, якщо запитувана сторона дає на цю згоду. Запит про згоду надсилається разом із відповідними документами, та протоколом будь-якої заяви, зробленою виданою особою у зв'язку з відповідним правопорушенням. Згода дається, якщо правопорушення, у зв'язку з яким вона запитується, є таким, що тягне видачу (ст. 14 (1) (b) Типового договору про видачу). Необхідно вказати, що в даному випадку до злочинів висуваються ті ж самі вимоги й гарантії видачі (включаючи подвійну кримінальність, політичне виключення, виключення дискримінації, подвійне притягнення до кримінальної відповідальності та ін).

— якщо особа, маючи можливість залишити територію сторони, якій вона була видана, не зробила цього протягом певного часу або, залишивши цю територію, знову туди повернулася. Вказана умова передбачається як у міжнародних договорах, так і національних законах про видачу (ст. 14 Європейської конвенції про видачу правопорушників,

ст. 66 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у сімейних, цивільних та кримінальних справах 1993 р., ст. 17 Закону Великобританії про екстрадицію 2003 р).

Запитуюча держава може, однак, вжити будь-яких необхідних заходів для видворення цієї особи із своєї території або будь-яких заходів, необхідних згідно з її законодавством для запобігання будь-яким юридичним наслідкам закінчення строку давності, включаючи розгляд справи за відсутності обвинуваченої особи. При цьому, якщо кваліфікація правопорушення, у зв'язку з яким пред'являється обвинувачення, змінюється в ході розгляду справи, видана особа може переслідуватися або засуджуватися, тільки коли кваліфікуючі ознаки нового складу правопорушення свідчать про те, що це правопорушення є таким, що тягне видачу.

Міжнародне право не допускає також видачу екстрадованої особи третій стороні, тобто зміну адресату екстрадиції. Така процедура може мати місце лише при наявності згоди держави, що видала особу. Так, згідно зі ст. 15 Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р. запитуюча сторона не може, без згоди запитуваної сторони, видавати іншій стороні або третій державі особу, видану запитуючій стороні та розшукувану зазначеною іншою стороною або третьою державою у зв'язку із правопорушеннями, вчиненими до її видачі.

Таким чином, як і у кожного правила, у цього теж є виключення. Основне полягає в тому, що запитувана держава на прохання запитуючої держави (і пред'явленні відповідних підстав) може дозволити відмовитися від дотримання цього правила й переслідувати видану особу у зв'язку з іншими обвинуваченнями (не тими, які зазначені у вимозі). Найбільш часто прохання про відмову від застосування цього принципу мають місце тоді, коли органи переслідування в запитуючій країні ще не закінчили розслідування повністю до моменту направлення вимоги про видачу або коли змінилися обставини у справі, за якою здійснюється видача. Наприклад, видача проводиться за вчинення нападу при обтяжуючих обставинах, однак незабаром після видачі особи потерпілий помер і з'явилися нові обставини для порушення кримінального переслідування за вбивство. У всіх інших випадках особа може переслідуватися тільки за діяння, що являлося підставою для екстрадиції.

Висновки. Принцип спеціальності як принцип, що забезпечує видачу тільки по предмету злочину, точно визначеному у запиті про видачу, служить цілям правосуддя. Дії запитуючої держави, спрямовані на здійснення екстрадиції особи

з наступним притягненням її до кримінальної відповідальності за інші правопорушення, ніж ті, які були зафіксовані у запиті про видачу, не допустимі й являють собою зловживання правом. Якщо суд запитуючої держави не виконує правило спеціальності щодо обмеження кримінального переслідування або іншого обмеження свободи виданої особи, іншим державам слід відмовлятися від співробітництва в питаннях екстрадиції з цією державою в майбутньому. З іншого боку, запитувана держава зобов'язана не дозволити видачу, якщо вона має вагомі підстави вважати, що запит про видачу вчинений з метою судового переслідування й покарання особи не за конкретне, чітко визначене у запиті про видачу правопорушення, а за злочин за ознаками раси, віросповідання, громадянства й т.п. Отже, що правило спеціальності повинно бути дотримано обома сторонами, що беруть участь у процесі екстрадиції.

Література:

1. Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. Extradition in International Criminal Law: Problems of Theory and Practice. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — С. 62.
2. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). — Изд-во Казанского Университета, 1976. — С. 45.
3. Никольский Д.П. О выдаче преступников по началам международного права. — СПб: Типография М.М. Стасюлевича, 1884. — С. 243.
4. Stanbrook I., Stanbrook C. Extradition: The Law and Practice. — Sec. ed. — Oxford, 2000. — P. 47.
5. Bassiouni M.C. International Extradition: United States Law and Practice. — P. 512 (430).
6. Griffith G. QC., Harris C. Recent developments in the law of extradition // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Volume 6. — № 1. — <http://www.austlii.edu.au/au/journals>
7. Green M. International Law. — 3 ed. — L., 1987. — P. 106. Цит. по: Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. Extradition in International Criminal Law: Problems of Theory and Practice. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — С. 63.
8. Nicholls C. The Law of Extradition and Mutual Assistance: International Criminal Law — Practice and Procedure. — 2002. — P. 180. Цит. по: Griffith G., Harris C. QC. Recent developments in the law of extradition // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Volume 6. — № 1. — <http://www.austlii.edu.au/au/journals>
9. Gilbert G. Aspects of Extradition Law. — London: Kluwer, 1991. — P. 106.
10. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). — Казань: Изд-во Казанского Университета, 1976. — С. 45.
11. Wilkitzki P. Article 101 — Rule of Speciality // Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court; Observer' Notes, Article by Article. — P. 1148. Цит. по: Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. Extradition in International Criminal Law: Problems of Theory and Practice. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 63с.
12. Griffith G. QC., Harris C. Recent developments in the law of extradition // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Volume 6. — № 1. — <http://www.austlii.edu.au/au/journals>
13. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). — Изд-во Казанского Университета, 1976. — С. 45.
14. Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики: автореф. дисс. ... доктора юрид. наук: 12.00.10. — М., 2007. — С. 12.
15. Semmelman J. The Doctrine Of Specialty In Criminal Cases / Outside Counsel. — New York Law Journal. — January 3, 2008. — http://www.cm-p.com/pdf/Semmelman_New_York_Law_Journal.pdf >
16. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). — Изд-во Казанского Университета, 1976. — С. 47.
17. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (некоторые вопросы теории и практики). — Изд-во Казанского Университета, 1976. — С. 45.
18. Бойцов А.И. Выдача преступников. — СПб: Издательство «Юридический центр пресс», 2004. — С. 463.

Нестеренко С.С. Принцип специальности в международном уголовном праве

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению действия принципа специальности в международном уголовном праве на примере института экстрадиции. В соответствии с принципом специальности запрашивающее государство может преследовать в уголовном порядке лицо только за преступление, за которое оно было выдано.

Ключевые слова: принцип специальности, выдача, защита прав лиц.

Nesterenko S.S. Principle of specialty in international criminal law

Summary. The article examines the principle of specialty in international criminal law by the example of the institute extradition. Under the principle of specificity, the demanding state can prosecute the extraditee only for the offense for which the extradition was granted.

Key words: principle of specialty, extradition, protection of human rights

*Макаров И.М.,
преподаватель кафедры международного права
и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗА

Аннотация. В статье рассматривается проблема определения дефиниции договора морской перевозки груза и договора фрахтования, выделяются их разграничительные и объединяющие признаки. Делается вывод об отождествлении со стороны законодателя договора фрахтования и договора морской перевозки груза.

Ключевые слова: договор морской перевозки груза, договор фрахтования, международные перевозки.

Постановка проблемы. Под договором морской перевозки груза в соответствии со ст. 133 Кодекса торгового мореплавания Украины следует понимать договор, по которому «перевозчик или фрахтовщик обязуется перевезти вверенный ему отправителем груз из порта отправления в порт назначения и выдать его уполномоченному для получения груза лицу (получателю), а отправитель или фрахтователь обязуется уплатить за перевозку установленную плату (фрахт)». При этом «фрахтователем и фрахтовщиком признаются лица, заключившие между собой договор фрахтования судна (чартер)». Данное определение договора морской перевозки груза так и не решило проблему, которая существовала еще в советском морском праве. Речь идет о соотношении понятий «договор перевозки» и «договор фрахтования», о их юридической природе, о единстве и различии подходов к самой морской перевозке груза.

Анализ последних исследований. Проблеме выяснения дефиниции договора морской перевозки груза были посвящены исследования Г.А. Анцелиевич, Л.П. Ануфриевой, К.А. Бекяшева, М.М. Богусловского, П.Н. Бирюкова, В.В. Боева, М.Е. Волосова, И.В. Гетьман-Павловой, И.К. Гордеева, В.Н. Гуцуляк, Г. К. Дмитриевой, Г.П. Жукова, А.О. Иншакова, А.С. Кокина, О.В. Корниенко, П.М. Курис, И.И. Лукашук, С.Ю. Морозова, Г.В. Петрова, однако, на сегодняшний день, единого подхода к определению его содержания так и не было выведено. Одни авторы утверждают, что речь идет о едином договоре, который на практике выступает в двух формах. Другие придерживаются точки зрения, что речь идет о двух различных по своей природе видах договоров, в связи с чем **целью** данного исследования является установление доктринального и

законодательного подхода к определению содержания понятия договора морской перевозки груза.

Изложение основных положений. Под международной перевозкой понимается перевозка груза между двумя и более государствами, выполняемая на условиях, которые установлены заключенными этими государствами международными соглашениями. Характерной особенностью правового регулирования в этой сфере является то, что основные вопросы перевозок решаются в международных соглашениях (транспортных конвенциях), содержащих унифицированные нормы, единообразно определяющие условия международных перевозок груза [1, с. 250]. Обычно такие соглашения содержат требования к перевозочной документации, определяют порядок приема груза к перевозке и выдаче его в пункте назначения, условия ответственности перевозчика, процедуру предъявления к перевозчику претензий и исков. При отсутствии единообразных материально-правовых норм обращаются к нормам национального права в соответствии с коллизионными нормами транспортных конвенций или национального законодательства [2, с. 299]. Особенность договора международной перевозки заключается в том, что в ходе его исполнения соответствующие материально-правовые нормы применяются на основании различных коллизионных принципов. Так, при отправлении груза руководствуются законом страны отправления, при выдаче груза в конечном пункте — законом страны назначения. В других случаях применяется закон перевозчика или же закон страны сунда. Подлежащее применению к международной перевозке право может быть указано в транспортном документе, выданном перевозчиком.

Впервые в истории современного международного права, понятие договора морской перевозки груза было частично определено в Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 года. Согласно п. b ст. 1: «Договор перевозки» применяется исключительно к договору перевозки, удостоверенному коносаментом или любым подобным ему документом, являющимся основанием для морской перевозки груза; он применяется также к коносаменту или подобному ему документу, выданному на основании чартера, с того момента, когда такой

коносамент или документ регулирует отношения между перевозчиком и держателем этого коносамента или документа [3]. Данное понятие дало понимание того, что договор морской перевозки груза заключается только в тех случаях, когда есть определенное намерение и необходимость в перевозке именно морским путем и может быть выражен в двух формах: коносаменте или чартере.

Более четкое понятие договора морской перевозки груза было установлено в п. 6 ст. 1 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года: «Договор морской перевозки» означает любой договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из одного порта в другой; однако договор, охватывающий перевозку морем, а также перевозку каким-либо иным способом, рассматривается как договор морской перевозки для целей настоящей Конвенции лишь в той степени, в какой он относится к перевозке морем [4]. Здесь видно, что понятие договора морской перевозки груза — это комплексное понятие, охватывающее не только перевозку морем, но и иными путями. Тем не менее, договор морской перевозки грузов должен исключительно регулировать перевозку любым водным путем, не включая иные перевозки, которые возникают при перевозке груза.

Среди многих юристов-международников встречаются различные понятия договора международной перевозки, что свидетельствует о том, что до сих пор нет четко сформированного понятия договора морской перевозки груза.

Так, Гетьман-Павлова И.В. отмечает, что «договор международной перевозки представляет собой особый вид внешнеэкономических сделок. Специфика этого договора обусловлена особенностями транспорта как естественной монополии государства. Договор международной перевозки включает в себя публично-правовой (определение статуса транспортной среды) и частно-правовой (непосредственная организация самой перевозки) аспекты. Кроме того, перевозка предполагает применение системы обязательного страхования гражданской ответственности. Международная перевозка — это перевозка груза и пассажиров между двумя и более государствами, выполняемая на условиях заключенного между ними международного соглашения. Специфика правового регулирования состоит в том, что основные вопросы перевозки решаются в международных соглашениях (международных транспортных конвенциях), содержащих унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы. При отсутствии международного договора перевозка с пересечением границ не является международной

и регулируется национальным законодательством. Договор перевозки — это вторичная внешнеторговая сделка, обслуживающая общую систему товародвижения» [5, 233].

Shaw M.N., профессор факультета международного права Университета Лейстер, отмечает, что по договору перевозки, транспортная организация (перевозчик) обязуется доставить вверенный ей отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату. Договор перевозки груза — один из важнейших хозяйственных договоров, благодаря которому осуществляется связь между промышленностью и сельским хозяйством, промышленностью и торговлей. Сторонами по договору перевозки груза являются транспортные организации — перевозчик и грузоотправитель. Договор перевозки груза государственных и общественных организаций заключается на основании плана, обязательного для обеих сторон [6, с. 634].

Кокин А.С. ссылается на понятие договора морской перевозки груза, определенного Комиссией международного права ООН: «Договор означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, состоит ли оно из одного, двух или более связанных между собой документов и каково бы ни было его наименование» [7, с. 12].

Таким образом, можно с достаточной определенностью сказать, что понятие договора морской перевозки груза продолжает формироваться в доктрине международного права, т.к. нет четкого разграничения понятий договора морской перевозки груза и договора фрахтования.

На национальном уровне, Кодекс торгового мореплавания (далее КТМ Украины) дает следующее определение договора морской перевозки груза согласно ст. 133: «По договору морской перевозки груза перевозчик или фрахтовщик обязуется перевезти вверенный ему отправителем груз из порта отправления в порт назначения и выдать его уполномоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель или фрахтователь обязуется уплатить за перевозку установленную плату (фрахт). Фрахтователем и фрахтовщиком признаются лица, заключившие между собой договор фрахтования судна (чартер)» [8].

Несмотря на существующие различия, в современном украинском морском праве нельзя признать наличия двух видов договоров морской перевозки груза. Норма-дифиниция, содержащаяся в ст. 133 КТМ Украины, не оставляет для этого каких-либо возможностей. Можно говорить

лишь о двух формах договора морской перевозки груза: договоре с условием предоставления для перевозки груза всего судна, его части или отдельных судовых помещений; договоре без такого условия.

Из этого определения вытекает, что договор морской перевозки груза существует в двух основных видах: договор фрахтования судна и собственно договор морской перевозки груза. Для каждого из этих договоров присущи специфические признаки, которые предоставляют возможность дискутировать вокруг вопроса о правовой природе этих договоров. В законодательстве некоторых стран этот вопрос решен в пользу той точки зрения, согласно которой эти договоры представляют собой два отдельных вида гражданско-правового договора. Законодательство Украины не содержит достаточных оснований для такого утверждения. Договор фрахтования судна и собственно договор морской перевозки груза объединяет признак, который характеризует объект обязательства, которое возникает из обоих видов договора, а именно, перевозка груза из порта отправления в порт назначения и выдача этого груза уполномоченному на его получение лицу. Этот существенный признак составляет основание для объединения договора фрахтования судна и собственно договора морской перевозки груза в единый тип договора, который опосредует перевозку груза морем.

Кроме отличительных особенностей, формы (виды) договора морской перевозки груза имеют и общие черты. Например, экономической целью одного и другого, является перемещение груза морским путем из одного порта в другой. В обоих присутствует третье лицо — получатель. Получатель не участвует в заключение договора перевозки, но приобретает по этому договору определенные права, в частности право требовать выдачи ему груза в таком количестве и таком качестве, которые указаны в коносаменте или заменяющем его документе.

Вывод. Таким образом, договор морской перевозки груза существует в двух основных видах: договор фрахтования судна и собственно договор перевозки груза. Для каждого из этих договоров присущи специфические признаки, нашедшие свое отражение в международных конвенциях и в нормативно-правовых актах Украины. Договор фрахтования судна и собственно договор морской перевозки груза объединяет признак, который характеризует объект обязательства, которое возникает из обоих видов договора, а именно, перевозка груза из порта отправления в порт назначения и выдача этого груза уполномоченному на его получение лицу. Этот существенный

признак составляет основание для объединения договора фрахтования судна и собственно договора морской перевозки груза в единый тип договора, который опосредствует перевозку грузов морем.

Литература:

1. Гуцуляк В.Н. Международное морское право (публичное и частное). — Ростов-на-Дону: Феникс, 2006. — 416 с.
2. Богусловский М.М. Международное частное право. Учебник. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2005. — 604с.
3. Брюссельская конвенция 1924 г. Об унификации некоторых правил о коносаменте (Гаагские правила) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://bestpravo.ru>
4. Нормы и правила международной торговли: Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.timer.dp.ua>
5. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: Учебник. — М.: Изд-во Эксмо, 2005. — 752с.
6. Shaw M.N. International Law. Sixth edition. — New York: Cambridge University Press, 2008. — 1710 p.
7. Кокин А.С. Международная морская перевозка груза: право и практика. — М.: Изд-во Волтер Клувер, 2008. — 584с.
8. Кодекс торгового мореплавания Украины от 23 мая 1995 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://search.ligazakon.ua>

Макаров І. М. Поняття договору морського перевезення вантажу

Анотація. У статті розглядається проблема визначення поняття договору морського перевезення вантажу та договору фрахтування, їх розрізняльні та об'єднуючі ознаки. Робиться висновок про отождошення законодавцем договору фрахтування та договору морського перевезення вантажу.

Ключові слова: договір морського перевезення вантажу, договір фрахтування, міжнародні перевезення.

Makarov I.M. The concept of the contracts of marine shipping

Summary. This article discusses the problem of determining definition the maritime contract of carriage and freight contract, are allocated their dividing and unifying characteristics. Concludes that the identification of the legislator freight contract and the contract of carriage by sea cargo.

Key words: contract of carriage by sea of cargo, freight contract, international transport.

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ
ПРАВО І ПРОЦЕС

Харитонова О.І.,

д. ю. н., професор,

зав. кафедрою права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «ОЮА»

ВІДНОСИНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Анотація. В даному дослідженні приділяється увага визначенню співвідношення понять «інтелектуальна діяльність» та поняття «розумова діяльність», розглядаються відносини права інтелектуальної власності в вузькому та широкому значенні. Таким чином, відносини інтелектуальної власності — це особисті немайнові та майнові відносини, що виникають стосовно володіння, користування та розпорядження результатами інтелектуальної, творчої діяльності з підстав, які не заборонені законом, не суперечать моральним засадам суспільства і ґрунтуються на рівності та майновій самостійності їх учасників.

Ключові слова: інтелектуальна власність, інтелектуальна діяльність, розумова діяльність, відносини інтелектуальної власності

У праві предмет правового регулювання визначається як та сфера, на яку норми цього права поширюються. Відповідно до сфери права інтелектуальної власності, у самому загальному вигляді, його предметом може бути визначена певна сукупність суспільних відносин, що є відносинами інтелектуальної власності.

Очевидно, коло та специфіку тих відносин, які регулюються нормами законодавства про інтелектуальну власність, мав би визначити відповідний спеціальний законодавчий акт України, оскільки від визначення предмета правового регулювання залежить відповідь на практично важливі питання стосовно того, якою є сфера дії того чи іншого законодавчого акту, які норми (спеціальних законодавчих актів, Цивільного кодексу тощо) мають застосовуватися у кожному конкретному випадку тощо.

Однак, такий спеціальний, об'єднувальний законодавчий акт у нашій державі відсутній. Ті спеціальні законодавчі акти, що діють у цій галузі, обмежуються вказівками на ті результати інтелектуальної, творчої діяльності, які підлягають правовій охороні. Що стосується Цивільного кодексу України, то він виразно зорієнтований на встановлення порядку використання та забезпечення правового захисту суб'єктивних цивільних прав інтелектуальної власності,

а відтак можливості його застосування обмежуються цією сферою.

Отже, маємо визначити, що є предметом правового регулювання законодавства про інтелектуальну власність, тобто, які конкретно суспільні відносини охоплюються поняттям «інтелектуальної власності», та якими є властивості відносин інтелектуальної власності.

Передусім, варто зазначити, що відносини інтелектуальної власності — це суспільні відносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності, у яких одні особи ставляться до таких результатів як власники, а всі інші особи ставляться (мають ставитися) до цих самих результатів як до чужих і повинні утримуватися від зазіхань на них.

Щодо поняття «інтелектуальна власність», маємо з'ясувати, який сенс надається цьому терміну-поняттю, що означає у такому контексті термін «інтелектуальна діяльність» і як розуміється поняття «власність» стосовно сфери інтелектуальної діяльності, врешті, що є передумовами та чинниками виникнення правовідносин інтелектуальної власності.

Необхідність визначення сутності цих понять зумовлюється й тими міркуваннями, що в залежності від того, як будуть тлумачитися ці поняття, мають визначатися й відносини, що належать до сфери «права інтелектуальної власності».

Попри зовнішню нескладність тлумачення терміну «інтелектуальна діяльність», який, здавалося б, можна просто перекласти як «розумова діяльність» (від лат. *intellectualis* — розумовий), визначення цього терміно-поняття не може ґрунтуватися на такому спрощеному підході. Адже інтелектуальна (розумова) діяльність може мати місце у багатьох випадках, не даючи при цьому результатів, які можуть стати об'єктом права інтелектуальної власності (наприклад, діяльність вчителя, правознавця, бухгалтера тощо). Разом із тим, така діяльність є розумовою.

Крім того, тут варто звернути увагу також на ту обставину, що термін «розумова діяльність» може вживатися у широкому та вузькому значеннях. У широкому значенні «розумова діяльність»

виступає як складова дихотомії «розумова діяльність — фізична діяльність», позначаючи таким чином усі види діяльності людини, які не виражаються у суто фізичній праці, а є продуктом використання його (розуму) інтелекту.

Разом із тим, взяте у вузькому значенні, поняття «розумова діяльність» може означати ту частину «нефізичної» діяльності, яка стосується лише суто раціональних дій людини (підрахунки, перелік речей, дослівне переказування чужих думок та ідей тощо), і не охоплює духовні, емоційно забарвлені тощо прояви використання інтелекту.

Отже, у широкому сенсі «інтелектуальний» це і «розумовий», і «духовний» [1, с. 401], а поняття «інтелектуальна діяльність» охоплює усі види розумової праці (діяльності), що здійснюються людиною.

Оцінюючи сутність та значення інтелектуальної діяльності стосовно постіндустріального суспільства, слід визнати плідним підхід, при якому інтелектуальна діяльність розуміється як одна із форм життєдіяльності людини, сутнісна основа процесу створення інтелектуального продукту та відтворення інтелектуального капіталу, найпотужніша рушійна сила розвитку людської цивілізації.

При цьому важливим моментом у тлумаченні поняття інтелектуальної діяльності є розрізнення у ній двох взаємопов'язаних аспектів: репродуктивного — спрямованого на вирішення стандартних завдань, досягнення заданих результатів, застосування відомих алгоритмів та типових засобів; і творчого (продуктивного) — спрямованого на вирішення нестандартних завдань, які вимагають створення нових (неповторних, оригінальних, унікальних) або нестандартного застосування відомих засобів у принципово нових ситуаціях, які не мають аналога в минулому [2, с. 416]. Звідси випливає, що, як мовилося вище, не кожна інтелектуальна (розумова) діяльність є творчою, тоді як творча діяльність завжди є інтелектуальною.

Такий висновок має важливе значення для встановлення поняття та сутності інтелектуальної власності. Адже якщо «власність», у найпростішому розумінні цього терміно-поняття, — це стан присвоєння речей, майна, прав, то виникає питання: чи можуть бути присвоєні без відповідного еквіваленту, без компенсації чужі здобутки?

У зв'язку з цим виникає необхідність відповідного уточнення при визначенні питання про специфіку результатів інтелектуальної діяльності, які можуть підлягати правовому регулюванню і правовому захисту як об'єкти відносин інтелектуальної власності.

Таке уточнення стосується вимоги творчого характеру інтелектуальної діяльності. Його необхідність зумовлена і формулюванням ст. 41 Конституції України, яка встановлює, що «Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності» (тут і далі підкреслення моє — О.Х). У ст. 54 Конституції проголошується, що кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Оскільки у наведених нормах Конституції України міститься вказівка на те, що діяльність має бути як інтелектуальною, так і творчою, то можна зробити висновок, що згідно з Конституцією України предметом правового регулювання та охорони у цій галузі є відносини, що виникають стосовно результатів інтелектуальної і творчої діяльності.

Оскільки про поняття інтелектуальної діяльності вже йшлося вище, далі маємо з'ясувати, що є творчість або ж творча діяльність?

У правничій літературі творча діяльність або ж просто творчість визначається як діяльність, внаслідок якої народжується щось якісно нове, що відрізняється неповторністю, оригінальністю і суспільно-історичною унікальністю. Інтелектуальна діяльність відрізняється від творчої тим, що її результати неодмінно стають об'єктами правової охорони. При цьому слушно звертається увагу на те, що далеко не всі результати творчої діяльності стають об'єктами інтелектуальної власності і, отже, є об'єктами правової охорони [3, с.21].

Таким чином, категорія «інтелектуальна власність», будучи пов'язаною з поняттям інтелектуальної діяльності та поняттям творчої діяльності, разом із тим, не є тотожною ні першому, ні другому поняттю. У графічному зображенні співвідношення цих може виглядати як кола, що частково накладаються. «Сфера накладення» і є сферою відносин інтелектуальної власності.

Відносини інтелектуальної власності, що виникають при цьому, характеризуються, передусім, тим, що вони: 1) є суспільними відносинами; 2) мають вольовий характер; 3) виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Коротко охарактеризуємо названі властивості відносин інтелектуальної власності.

Отже, по-перше, вони є суспільними відносинами, тобто такими, що складаються між людьми в процесі їх перебування у певній спільноті. Розглянуті під таким кутом зору, відносини інтелектуальної власності виступають у якості, так званих, виробничих відносин, будучи основним видом відносин, що складаються між людьми у процесі створення, розподілу та перерозподілу благ (очевидно, як матеріальних, так і нематеріальних), які забезпечують існування людського суспільства

в цілому та окремої людини у суспільстві. У такому сенсі відносини власності виступають як передумова, умова і результат функціонування суспільства (у марксистсько-ленінській теорії в згаданому вище контексті йшлося про «виробництво», але такий підхід є надто вузьким для доби постіндустріального розвитку).

По-друге, відносини інтелектуальної власності мають вольовий характер; оскільки виникають та існують не у вакуумі (тобто, не є суто об'єктивними, абстрактними взагалі), а набувають певного змісту і значення, будучи пропущеними через свідомість людей, а відтак стаючи певною мірою залежними від волі останніх.

Воля власника щодо реалізації влади над благом, яке йому належить, виражається у володінні, користуванні, розпорядженні, управлінні нею тощо. Ці вольові дії він вчиняє, у кінцевому підсумку, на свій вільний розсуд і у своїх власних інтересах (втім, слід зробити застереження, що розсуд може бути вільним до тих пір, доки він не суперечить інтересам інших власників та інтересам суспільства як сукупності власників).

По-третє, характерним для відносин інтелектуальної власності є те, що вони виникають з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Якщо перші дві з названих вище ознак певною мірою стосуються й інших суспільних відносин, що стають або можуть стати предметом правового регулювання, і набувають специфічного забарвлення лише при характеристиці їх стосовно конкретного виду відносин, то третя ознака є специфічною, яка, власне, і визначає сутність відносин інтелектуальної власності, як суспільної та наукової категорії.

Відносини інтелектуальної власності регулюються різними галузями права: конституційним, цивільним, адміністративним правом. Правова охорона відносин інтелектуальної власності забезпечується також нормами кримінального права.

Проте, головне навантаження тут несуть норми цивільного законодавства, котрі визначають зміст права власності, підстави його виникнення та припинення, здійснення, порядок і підстави захисту тощо. У зв'язку з цим доцільно, хоча б коротко, торкнутися вимог до суспільних відносин, які попадають у сферу цивільно-правового регулювання.

Предметом регулювання цивільного права, як галузі національного права, є цивільні відносини, котрі неодноразово були предметом наукових досліджень, як вітчизняних, так і зарубіжних науковців [4]. При характеристиці предмету цивільного права у радянському цивільному праві традиційно називалися: майнові відносини; особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими; інші особисті

немайнові відносини. Зокрема, такий підхід був відображений і у ст. 1 ЦК УРСР 1963 р.

Стаття 1 ЦК України 2003 р. відносить до предмету цивільно-правового регулювання як майнові, так і особисті немайнові відносини. Крім того, він відносить до цивільних, лише ті з майнових відносин, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Слід зазначити, що немайнові відносини, у ст. 1 ЦК УРСР 1963 р. поділялися на дві групи: особисті немайнові відносини, що пов'язані з майновими, та суто особисті немайнові відносини. Але ЦК України не містить підстав для такого поділу, просто вказуючи у ст. 1, що немайнові відносини належать до сфери цивільно-правового регулювання. Для цих відносин характерним є те, що вони не мають безпосереднього економічного змісту. Їх предметом є: ім'я, честь, гідність, ділова репутація, особисте життя, авторство на твори літератури, науки та мистецтва, свобода пересування та інші блага, невід'ємні від особистості. Деякі з особистих немайнових прав можуть належати також юридичним особам: право на честь, гідність, ділову репутацію, фірмове найменування, виробничу марку, товарний знак тощо.

Як особисті немайнові, так і майнові відносини є відносинами цивільними, хоча не всі вони попадають у сферу цивільно-правового регулювання.

Цивільні відносини, котрі є предметом цивільного права, характеризуються такими ознаками:

1) Суб'єктами. Учасники цивільних правовідносин стосовно один до одного виступають як юридично рівні суб'єкти, відокремлені одне від одного у організаційно-правовому і майновому сенсі. До майнових відносин, що засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, цивільне законодавство застосовується лише у випадках, коли це прямо передбачене законом. Такі відносини не є цивільними, оскільки регулюються за допомогою імперативного методу, котрий не властивий цивільному праву.

2) Характером зв'язку між суб'єктами. Цивільні правовідносини це правовий зв'язок, що виникає з приводу нематеріальних і матеріальних благ, що належать приватній особі.

3) Змістом. Учасники цього виду відносин виступають як носії цивільних прав і обов'язків.

4) Характером захисту суб'єктивних прав і спонукання до виконання суб'єктивних обов'язків. Це відбувається за допомогою специфічних заходів впливу і, як правило, у судовому порядку.

5) Особливістю підстав виникнення, зміни і припинення цивільних правовідносин. Зокрема, такими підставами є не лише обставини,

передбачені законом чи іншими актами, але також дії суб'єктів, які хоч і не передбачені цивільним законодавством, але внаслідок його загальних засад і значення породжують відповідні відносини [6, с. 111-113].

Порівняння немайнових та майнових відносин, які складаються в результаті інтелектуальної, творчої діяльності тощо та цивільних відносин дають підстави для висновку про відсутність між цими поняттями принципово важливих (сутнісних) відмінностей.

В результаті «відносини інтелектуальної власності» виглядають такими, що за своєю сутністю частково є відносинами цивільними, котрими відповідно до ст. 1 ЦК є особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, а частково є відносинами публічно-правовими (адміністративними). Нормами цивільного законодавства регулюються: відносини, що виникають у зв'язку з володінням, користуванням, розпорядженням тощо результатами інтелектуальної, творчої діяльності (власне, відносини інтелектуальної власності, або ж відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні). Разом із тим, відносини, пов'язані з оформленням прав інтелектуальної власності, забезпеченням їх захисту за допомогою державних органів тощо регулюються нормами публічних галузей права.

Таким чином, предметом права інтелектуальної власності є відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні — особисті немайнові та майнові відносини, що виникають стосовно володіння, користування та розпорядження результатами інтелектуальної, творчої діяльності з підстав, які не заборонені законом, не суперечать моральним засадам суспільства і ґрунтуються на рівності та майновій самостійності їх учасників.

Відносини, які регулюються законодавством інтелектуальної власності, можна поділити на кілька груп.

До першої групи відносин, що складають предмет цивільного права, належать відносини інтелектуальної власності у вузькому значенні. Ці відносини виникають у зв'язку зі створенням благ в результаті інтелектуальної, творчої діяльності, а також ті, що виникають при використанні названих благ для власних потреб.

Друга група охоплює особисті та майнові відносини, що виникають у зв'язку із легалізацією результатів інтелектуальної, творчої діяльності (реєстрація, отримання патенту тощо). Такі відносини є предметом, головним чином, адміністративного права.

До третьої групи відносин належать особисті та майнові відносини, що виникають при реалізації

правомочностей інтелектуальної власності іншим особам (ліцензування, використання за спеціальними договорами тощо), які опосередковуються нормами цивільного законодавства.

Оскільки зазначені відносини мають стосунок як до сфери приватного, так і до сфери публічного права, визначити їх галузеву приналежність неможливо без встановлення особливостей характеру способів державного (законодавчого) впливу на їх учасників, які знаходять відображення у методі, що є темою для окремого дослідження.

Література:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ „Перун”, 2001. — С. 401.
2. Базилевич В.Д., Ільїн В.В. Інтелектуальна власність: креативи метафізичного пошуку. — К.: Знання, 2008. — С.416.
3. Право інтелектуальної власності: Акад. курс: Підруч. для студ. вищ. навч. закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. — С. 21.
4. Див., наприклад: Азімов Ч. Про предмет і метод цивільного права // Вісник Академії правових наук України. № 1 (16). — Х., 1999. — С. 143-151; Гонгало Б.М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. — М.: Статут, 2003. — С. 3—23; Малеева М.Н. О предмете гражданского права // Государство и право. — 2001. — № 1. — С. 25—31; Червоний Ю.С. Предмет гражданского права Украины // Юридична освіта і права держави (до 150-річчя юридичного інституту ОДУ): Збірник наукових праць. — Одеса: Астропринт, 1997. — С. 144—150.
5. Харитонов Є.О. Вступ до цивільного права України. Навч. посібник. — К.: Істина, 2006. — С. 111-113.

Харитонов Е.И. Отношения интеллектуальной собственности как предмет правового регулирования

Аннотация. В данном исследовании уделяется внимание определению соотношения понятий «интеллектуальная деятельность» и понятия «умственная деятельность», рассматриваются отношения права интеллектуальной собственности в узком и широком значении. Таким образом, отношения интеллектуальной собственности — это личные неимущественные и имущественные отношения, которые возникают относительно владения, пользования и распоряжения результатами интеллектуальной, творческой деятельности из оснований, которые не запрещены законом, не противоречат моральным принципам общества и основываются на равенстве и имущественной самостоятельности их участников.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, интеллектуальная деятельность, умственная деятельность, отношения интеллектуальной собственности.

Kharitonov H.I. The relationship of intellectual property as the subject of legal regulation

Summary. In this study given to the definition of correlation between «intellectual activity» and the concept of «mental activity» are considered the relationship of intellectual property rights in the narrow and broad sense. Thus the relationship of intellectual property — a moral and property relations arising from the possession, use and disposal of the results intellectual property on the grounds that are not prohibited by law, not contrary to morals and of society are based on the equality and autonomy of the property of their members.

Key words: intellectual property, intellectual activity, mental activity, the relationship of intellectual property

*Квасніцька О. О.,
к. ю. н., доцент кафедри
міжнародного права та порівняльного правознавства
Міжнародного гуманітарного університету*

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИВАТНОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ІНТЕРЕСУ У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА

Анотація. У статті досліджуються питання співвідношення приватного та публічного інтересу у будівельній сфері. Пропонується застосування комбінації приватного і публічного інтересу при здійсненні будівельної діяльності та визначення меж використання публічних засад у регламентації правовідносин у сфері будівництва, з тим щоб не допустити домінування адміністративних засобів впливу.

Ключові слова: будівництво, державне регулювання, публічний і приватний інтерес, господарське законодавство, публічно-приватне партнерство, організаційно-господарські відносини.

Постановка проблеми. Проблеми співвідношення, розмежування публічного і приватного інтересу, механізму знайдення компромісів між ними завжди привертала увагу вчених та залишаються дискусійними на даний час. Тим більше ці питання мають не лише теоретичне значення, але повинні знайти своє ефективне застосування і в правозастосовній практиці.

Питання про існування приватного і публічного інтересу у праві вперше було піднято римським юристом Ульпіаном (III ст. до н.е.), відповідно критерієм їх розмежування передбачався інтерес. Між тим, на сьогодні, враховуючи структуру ієрархізацію та ієрархізацію суспільних відносин, взаємопроникнення відносин, що регулюються нормами різних галузей права, розширення і втручання держави у відносини, які традиційно вважалися приватними, дана формула стала вважатися недостатньою.

Тим більше, і суспільство і держава зрозуміла, що недопустимо розглядати публічний та приватний інтерес в контексті протиставлення і штучної ізоляції, так як це не відповідає розвитку сучасної правової науки, побудові і розвитку системи законодавства. Більш того, в сучасних умовах поділ права на приватне і публічне стає все більш умовним, оскільки держава все активніше застосовує засоби регулювання на економіку, що є свідченням того, що приватне право не має автономного характеру. Прийняття Господарського кодексу України, становлення господарського права як самостійної галузі права є підтвердженням того,

що чіткого розподілу правовідносин, що складаються у сфері господарювання, на публічно-правові та приватно-правові немає і не може бути.

Крім цього, практично всі переконалися, що спроби у проведенні чіткої межі між приватним і публічним інтересом викликають низку проблем процесуально-правового характеру, а саме у питаннях визначення підвідомчості справ між судами різних юрисдикцій. Тому виникає питання чи потрібне взагалі розмежування приватних і публічних інтересів? Адже у чистому вигляді публічні та приватні інтереси не існують, оскільки їх забезпечення можливе лише за умови встановлення та збереження балансу між ними.

Аналіз останніх досліджень. У той же час неможливо не визнати, що проблема співвідношення, підстав розмежування приватних і публічних інтересів в Україні та за її межами привертала увагу науковців неодноразово, зокрема В. Мамутова, Г. Знаменського., В. Гайворонський, О. Вінник, О. Беляневич, А. Анисимова, О. Банчука, Е. Піменової та ін.. В окремих монографічних роботах розглядаються проблеми співвідношення публічних (в т.ч. державних) та приватних (індивідуальних та групових) інтересів у сфері державного управління (В.Ф. Сіренко, 1980-1993 р.р.), правового регулювання підприємницької діяльності (А.Я. Курбатов, 2001 р.), в цивільних відносинах (С.В. Михайлов, 2002 р.) та в процесі захисту індивідуальним підприємцем своїх прав (В.В. Волгін, 2002 р.). Між тим, дана дискусія залишається й нині актуальною та потребує подальших наукових напрацювань, знайдення компромісу особливо стосовно питань співвідношення приватних і публічних інтересів в сфері будівництва.

В контексті даної методологічної установки спробуємо дослідити правову проблему розумного балансу приватного і публічного інтересу при здійсненні будівельної діяльності та визначення меж використання публічних засад у регламентації правовідносин у сфері будівництва, з тим щоб не допустити домінування адміністративних засобів впливу.

Виклад основних положень. В Україні здійснюється реформування містобудівного законодавства, продовжує удосконалюватися господарське

законодавство, за допомогою якого визначаються засоби державного регулювання будівельної діяльності, види забудов, об'єкти будівництва, планування та прогнозування способи здійснення будівництва та механізми його фінансування, стає актуальним механізм звичайного та регіонального публічно-приватного партнерства і т.д.

Сучасний стан містобудівного законодавства дозволяє стверджувати про поєднання у будівельній сфері публічного та приватного інтересу, що проявляється у прогнозуванні розвитку територій; забезпеченні раціонального розселення і визначенні напрямів сталого розвитку територій; обґрунтуванні розподілу земель за цільовим призначенням; взаємоузгодженні державних, громадських та приватних інтересів під час планування і забудови територій; встановленні режиму забудови територій, на яких передбачено провадження містобудівної діяльності; розробленні містобудівної та проектної документації, будівництві об'єктів; реконструкції існуючої забудови та територій; проведенні моніторингу забудови; веденні містобудівного кадастру; здійсненні контролю у сфері містобудування та ін. Тобто йде мова про значний вплив державного регулювання в даній галузі економіки та регулюванні правовідносин в даній сфері нормами різних галузей права, серед яких основними є: господарське, земельне, адміністративне та цивільне право.

В.К. Мамутов вважає, що «жодну проблему практичного плану, підвищеної ефективності правового регулювання економіки з позиції цивілістичного або приватно-правового підходу вирішити не можна.... Приватним правом економіку не врегулювати» [1, с. 10, 25].

Приватний інтерес при здійсненні будівельної діяльності суб'єктами господарювання полягає у реалізації статутних завдань, отримання прибутку (слід зазначити, що мова йде про суб'єктів господарювання недержавного та комунального сектору, так як в даному разі мова йтиме про підпорядкування відповідній категорії публічного інтересу), укладення господарських договорів, що опосередковують будівельну діяльність, вибір правового режиму щодо об'єктів будівництва, вибір механізмів фінансування, способів виконання будівництва і т.д.

До публічних інтересів, які визначаються в літературі як відображені в праві, відгармонізовані, збалансовані певним чином інтереси держави, суспільства, в сфері будівництва належать: проведення державної реєстрації, отримання ліцензії на здійснення будівництва, отримання вихідних даних, експертиза проектної документації в разі необхідності, дозвіл на виконання підготовчих та будівельних робіт, прийняття в експлуатацію

закінчених будівництвом об'єктів, реєстрація права власності на об'єкт будівництва.

Згідно до ст. 17 Закону України «Про архітектурну діяльність» [2], ст. 8 Закону України «Про основи містобудування» [3], ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [4], будівельна діяльність підлягає ліцензуванню. Детально питання ліцензування капітального будівництва вирішені Постановою Кабінету Міністрів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності в будівництві» № 1396 від 05.12.2007 р. в редакції від 04.11.2008 р [5]. Відповідно до Наказу Міністерства Регіонального розвитку та будівництва України від 27.01.2009 №47 [6] встановлені ліцензійні умови провадження господарської діяльності у будівництві, та види будівельних ліцензій, які можна умовно розділити на три групи: проведення інженерних досліджень з метою подальшого зведення об'єкту на досліджуваній ділянці, архітектурне проектування і безпосереднє зведення об'єктів будівництва.

Видача дозволів на виконання будівельних робіт регламентована Постановою Кабінету Міністрів від 13.04.2011 №466 «Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт» [7]. Дозвіл на виконання будівельних робіт видається на безоплатній основі Інспекцією за місцезнаходженням об'єкта, а щодо об'єкта, розміщеного на території кількох адміністративно-територіальних одиниць, – Держархбудінспекцією.

Отже, суб'єкти господарювання, основним видом діяльності яких є будівництво, стають учасниками організаційно-господарських відносин, в яких пріоритетним є публічний інтерес. Відповідно, це відносини управління за участю суб'єктів господарювання, в яких орган державної влади або орган місцевого самоврядування наділений господарською компетенцією та реалізує таку компетенцію безпосередньо щодо суб'єкта господарювання. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування реалізують таку компетенцію через державну реєстрацію, ліцензування, дозвільну систему в сфері будівництва, але якщо у суб'єкта господарювання є право звернутися до відповідного органу, то у останнього є зобов'язання прийняти заяву і розглянути її у встановлений законодавством строк. Саме така особливість надає нам умовно розмежувати компетенцію суб'єкта владних повноважень, які виконують владні управлінські функції, зокрема нормотворчу, координаційну, розпорядчу, від господарської компетенції, яку вони здійснюють щодо конкретного суб'єкта господарювання. На подвійну природу щодо сфери господарської діяльності органів влади вказував у своїй праці Віхров О.П. [8, с. 104-105].

Для відносин між державою і підприємництвом характерним є стан взаємозалежності, що обумовлено потребою однієї сторони в іншій. Держава має потребу в підприємстві, оскільки їй необхідна ринкова система, матеріальні ресурси, послуги і товари, що виробляються нею, фінансова підтримка державних програм тощо. У свою чергу, підприємство має потребу в державі, оскільки йому необхідне законодавство, що формує правила економічної діяльності, її безпеки, захисту і стабільності, а також функціонування монетарної системи, стабільної економічної і соціальної інфраструктури.

Отже питання пріоритету тієї чи іншої категорії буде визначатися з врахуванням видів правовідносин, які виникають у будівельній діяльності.

Комплексність, поєднання публічного та приватного інтересу у сфері будівництва вбачається у співробітництві, партнерстві органів влади, місцевого самоврядування із суб'єктами господарювання. Аналіз міжнародної практики свідчить, що найпоширенішими об'єктами державно-приватного партнерства є сфера будівництва. Так основною сферою впровадження державно-приватного партнерства у Франції є концесії на спорудження автомагістралей та на водопостачання. У Великій Британії підписано понад 900 проектів, багато з яких реалізуються у сфері соціальної інфраструктури [9].

В Україні питання публічно-приватного партнерства регламентовані нормами Господарського кодексу України, Законами України «Про державно-приватне партнерство», «Про концесію» та ін., що вказує на можливість застосування форм співпраці державних органів з бізнесом з метою фінансування, будівництва, відновлення, експлуатації. При існуванні такої співпраці у сфері будівництва неможливо провести межу та розділити публічні та приватні інтереси, так як влада через господарську компетенцію не здійснює повноваження, визначені законодавством, а виконує взяті на себе зобов'язання, враховуючи існуючу модель господарських відносин (вертикальних відносин).

У рамках нашої теми значний інтерес представляє досвід регулювання будівельної діяльності в США. Його своєрідність виражається, на нашу думку, в тому, що в цій країні знайдено, як представляється, досить розумне поєднання державного регулювання і саморегулювання у будівництві (публічного та приватного інтересу). Так, головним (і, по суті, єдиним) федеральним органом, що несе відповідальність за реалізацію національних програм у сфері будівництва, являється Міністерство житлового будівництва і міського розвитку (Department of housing and

urban development of US). При цьому, на вказане міністерство покладені в основному політичні і координаційні функції. Будівельна діяльність також дуже детально регулюється федеральним законодавством. Проте, предметом регулювання є, як правило, виключно діяльність держави по забезпеченню житлових прав малозабезпечених категорій громадян, виконанню соціальних програм.

Що стосується безпосередньо регулювання досліджень, проектування і будівництва (Building Codes (Будівельні норми) і Standards (Стандарти) – аналог українських будівельних норм і правил), то функції по цьому регулюванню держава традиційно делегує недержавним організаціям. Нині в США функціонують три недержавні організації, що займаються розробкою і поширенням будівельних правил і стандартів: Асоціація фахівців з будівельного нормування (BOCA), яка створена в 1915 р. і об'єднала фахівців будівельних організацій східних і західних штатів; Міжнародна конфедерація фахівців будівельних організацій (ICBO), куди входять представники західних штатів; Асоціація південних штатів по нормуванню (SBCC), заснована в 1945 р. Усі ці організації фактично і розробляють будівельні норми і правила, по суті однакової тематики і структури. При цьому, у відомому сенсі вони конкурують між собою, що додатково стимулює постійне вдосконалення будівельних норм.

Україна не в змозі перейняти досвід США, не готова відмовитися від тенденції протекціонізму у будівельній сфері, так як в першу чергу не створено законодавче підґрунтя, не має бажання у влади та не має впевненості, що саморегулівні організації зможуть працювати по аналогу зарубіжних.

Будівельна діяльність як об'єкт господарсько-правового регулювання характеризується особливою соціальною значимістю, що в свою чергу, передбачає не лише отримання прибутку в інтересах її учасників, але й досягнення корисного для суспільства ефекту, спадкоємність традицій в поєднанні з перспективою подальшого розвитку.

Висновок. Таким чином, поєднання приватних і публічних інтересів є присутнім у будівельній діяльності, ієрархія інтересів у процесі реалізації суб'єктами господарювання будівельної діяльності залежатиме від виду правовідносин, які виникають у будівельному процесі та їх змісту. При цьому, враховуючи, що з точки зору змістовних характеристик правовідносин які виникають при здійсненні будівельної діяльності, деякі із групи (видів) відносин можуть входити до предмету регулювання не однієї, а декількох галузей одночасно, отже розмежування публічного та приватного інтересу являється недоцільним.

Література:

1. Мамутов В.К. Юридическую науку — на решение проблем содействия развитию экономики. — Донецк, 1999. — С. 10-25.
2. Про архітектурну діяльність: Закон України від 22.05.1999 р. // Відомості Верховної Ради України — 1999 р. — № 31.
3. Про основи містобудування: Закон України від 16.11.1992 // Відомості Верховної Ради України — 1992 р. — № 52.
4. Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 01.06.2000 // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 36.
5. Про ліцензування певних видів господарської діяльності в будівництві: Постанова Кабінету Міністрів України № 1396 від 05.12.2007 р. в редакції від 12.08.2011 // Урядовий кур'єр. — 2007 — № 238.
6. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури: Наказ Міністерства Регіонального розвитку та будівництва України від 27.01.2009 №47 // Офіційний вісник України — 2009 р. — № 20. — С. 134.
7. Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт: Постановою Кабінету Міністрів від 13.04.2011 №466 // Урядовий кур'єр. — 2011. — № 85.
8. Віхров О.П. Організаційно-господарські правовідносини. Монографія. — К.: Видавничий Дім «Слово», 2008. — 512 с.
9. Государственно-частное партнерство: новые возможности для развития инфраструктуры в странах с переходной экономикой: материалы междунар. научн.-практ. конф. (Москва, 21-22 окт. 2008г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://veb.ru/ru/PPP/pppconfi.html>.

Квасницкая О.А. Соотношение публичного и частного интереса в сфере строительства

Аннотация. В статье исследуются вопросы соотношения частного и публичного интереса в строительной сфере. Предлагается применение комбинации частного и публичного интереса при осуществлении строительной деятельности и определения пределов использования публичных принципов в регламентации правоотношений в сфере строительства, с тем, чтобы не допустить доминирования административных средств влияния.

Ключевые слова: строительство, государственное регулирование, публичный и частный интерес, хозяйственное законодательство, публично-частное партнерство, организационно-хозяйственные отношения.

Kvasnitska O. A. Correlation of public and frequent interest in the field of building

Summary. In the article the questions of correlation of private and public interest are investigated in a building sphere. Application of combination of private and public interest is offered at carried out building activity and determination of limits of the use of public principles in regulation of legal relationships in the field of building, with that to shut out prevailing of administrative facilities of influence.

Key words: building, governments control, public and private interest, economic legislation, publicly-private partnership, organizationally-economic relations.

*Озернюк Г. В.,
к.ю.н., доцент кафедри цивільного
та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

СИСТЕМА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ І ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Анотація. В статті досліджуються точки зору представників цивілістичної думки різних історичних періодів щодо системи цивільно-правових договорів, проведений порівняльний аналіз вітчизняних та зарубіжних класифікацій.

Ключеві слова: цивільно-правовий договір, система цивільно-правових договорів.

Постановка проблеми. Цивільно-правовими договорами опосередковуються відносини у різних сферах діяльності громадян і юридичних осіб. Юридично оформлюючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-правові договори, взяті в цілому, являють собою єдину систему, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють.

В умовах переходу економіки України на ринкові засади особливо зростає роль договору як універсальної і найбільш доцільної правової форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин. Тому вивчення системи цивільно-правових договорів в цілому і на сьогоднішній день є досить актуальним.

Аналіз останніх досліджень. Проблемі систематизації цивільно-правових договорів приділяють увагу Брагинський М.И., Биков А.Г., Вітрянський В.В., Іоффе О.С., Лунц Л.А., Луць В.В., Новицький І.Б., Олюха В.Г., Романець Ю.В. та ін.

Метою даної статті є вивчити різні точки зору щодо класифікації цивільно-правових договорів, проаналізувати вже запропоновані системні підходи.

Виклад основних положень. У літературі з системного підходу і теорії систем до визначення системи підходять як до відмежованої множинності взаємодіючих систем. Система цивільно-правових договорів як єдина система зі складними взаємозв'язками її елементів характерна як внутрішньою єдністю, так і диференціацією договірних відносин, що зумовлена особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих договорами [1, с.639].

Досліджуючи це питання більш детально необхідно також зауважити і про існування декількох видів підходів щодо класифікації цивільно-правових договорів.

Так, проста класифікація договорів може проводитись двома способами. За першим, об'єкти дослідження поділяють на необмежену кількість груп, використовуючи необхідні для вирішення поставлених завдань ознаки. В такому разі утворюється проста система договорів без структурних зв'язків між ними.

Другий спосіб полягає у поділі договорів за принципом дихотомії з застосуванням обраного критерію на дві групи, перша з яких характеризується наявністю підстави поділу, а інша — її відсутністю. Такий підхід є дуже поширеним при класифікації цивільно-правових договорів, які більшість вчених поділяє за ознакою відплатності на відплатні та безвідплатні, по моменту укладення — на консенсуальні та реальні, по структурі взаємних зобов'язань — на односторонні та двосторонні тощо [2, 3, 4, 5, 6].

Неважко побачити, що групування за принципом дихотомії, як зазначає Олюха В.Г., проводиться з використанням однієї істотної для характеристики договорів ознакою, що дозволяє повно дослідити її прояв в різних за правовою природою типах двосторонніх правочинів. Як наслідок, всередині утвореної групи елементи, які ввійшли до неї, не мають структурних зв'язків між собою, як не мають його між собою й різні дихотомічні пари [7, с.89].

Додамо, що вивчення договорів у єдності стійких взаємозв'язків окремих складових елементів можливе тільки при структурно-системному підході до їх класифікації, що, як правильно зазначає А.Г. Биков, дозволяє розглядати їх не як розрізнену масу окремих видів договорів, а як певну їх сукупність з цілісною структурою [8, с.4]. Необхідними елементами структури системи договорів, які співвідносяться між собою як ціле та частина та відображають ієрархічність побудови, є типи, види та підвиди договорів.

Дослідженню питання договірних типів приділяли увагу Л.А. Лунц, І.Б. Новицький, розглядаючи договори, передбачені у законодавстві, як договірні типи, які складають далеко не вичерпний їх перелік. Нажаль, поняття виду, різновиду вони взагалі не розглядали [9, с.100-102]. А.Г. Биков вважає, що структура системи цивільно-правових

договорів складається з поділу договорів на типи, види та різновиди. Тип договору відбиває найбільш загальні і суттєві риси відносин, що опосередковуються даним угрупованням. В рамках типу договору визначають види договорів, шляхом виділу в рамках одного типу договору поряд із загальними рисами, певних суттєвих відмінностей одних договорів від інших. Різновиди — такі договори, що мають певні не суттєві відмінності [10, с. 460].

О.С. Іоффе договірний тип виділяє за специфікою матеріального відношення, яке ним опосередковується, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення договірного зобов'язання. Договори співвідносяться не як типи, а як його різновиди у випадках, коли вони схожі як за матеріальним відношенням, так і за колом істотних умов [11, с.37-38].

Більш слушною, є позиція Олюхи В.Г., який з цього приводу висловлював думку про те, що поділ договорів відбувається в системній класифікації від загального до особливого: тип, вид, підвид. Типи договорів, утворені у разі такого поділу, повинні відображати самостійну специфіку як у матеріальному відношенні, що лежить у їх основі, так і у предметі договору. Щодо видів, окреслених певним типом договору, вказані характеристики носять загальний характер, і у кожному окремому з них проявляють свою індивідуалізацію, необхідну для утворення виду, тобто таку, без якої його існування, як виду, неможливе. У різновиді вказані характеристики певним чином тільки деталізуються як несуттєві відмінності. У типах видах та різновидах проявляються й інші істотні ознаки, що їх характеризують [7, с.92].

На підставі викладеного можна зробити певні висновки: класифікація договорів є простою і структурною. Перша з вказаних класифікацій проводиться за принципом дихотомії або шляхом об'єднання груп договорів. Поділ договорів в системній класифікації відбувається від загального до особливого: тип, вид, підвид.

Так, С.І. Аскназієвим була запропонована наступна класифікація договорів: 1) договори з надання майна у власність — купівля-продаж, міна, дарування; 2) договори з надання майна у користування — майновий найм, позичка; 3) договори з надання кредиту — позика, різноманітні види банківських операцій та ін.; 4) договори з виконання робіт; в одних договорах, що належать до цієї категорії, виконання робіт поєднується з використанням складних пристроїв, які належать тому, хто виконує роботи — договір підряду, залізничного перевезення, в інших — ці роботи носять переважно особистий характер — договір доручення, комісія; 5) договори про спільну господарську діяльність [12, с.65-66].

Інша класифікація договірних зобов'язань була запропонована О.О. Красавчиковим. В якості класифікаційної ознаки, на думку вченого, слід обрати спрямованість цивільно-правових зобов'язань, які можуть бути розподілені за цією ознакою на чотири наступні групи: 1. Зобов'язання, спрямовані на передачу майна. До них належать зобов'язання купівлі-продажу, міни, дарування, поставки, оренди житлових та нежитлових приміщень та обладнання, договір державної закупівлі сільськогосподарської продукції та інші. 2. Зобов'язання, спрямовані на виконання робіт. Сюди відносяться договори підряду, замовлення індивідуального промислового обладнання, підряду на капітальне будівництво, договори МТС з колгоспом, договори контрактації та інші. 3. Зобов'язання, спрямовані на надання послуг. Серед цих зобов'язань автор називає договори доручення, комісії, культурного, побутового, господарського та іншого (у тому числі санаторно-курортного та туристичного) обслуговування, договори зберігання, договори автомобільного та річкового перевезення, та інші аналогічні договори та зобов'язання. 4. Зобов'язання, спрямовані на передачу грошей (кредит, розрахунки) [13, с.126-128].

Г.М. Амфітеатров також виокремлює чотири основні групи договорів: 1) договори з радянської торгівлі; 2) договори з обслуговування товарообігу; 3) договори з організації виробництва; 4) договори з організації житлового господарства [14, с.101-103].

В.В. Луць, поклавши в основу класифікації правовий наслідок (мету) договорів виділив такі групи цивільно-правових договорів, що застосовуються у підприємницькій діяльності: 1) договори про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, бартер, дарування, постачання енергетичних ресурсів); 2) договори про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, позика, прокат); 3) договори про виконання робіт (підряд, будівельний підряд, на виконання проектних і пошукових робіт, на проведення аудиту); 4) договори про надання послуг (транспортні договори, доручення, комісії, зберігання, консигнації, кредитний договір, факторинг, страхування підприємницьких ризиків); 5) договори про передачу результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійні договори, договори на передачу науково-технічної продукції, франчайзингу); 6) договори про сумісну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво) [15, с.39-40].

М.В. Гордон на основі правового результату передбачає виділення семи груп договорів: 1) договори з відплатної передачі майна у власність

(договір купівлі-продажу, поставка, міна); 2) договори з надання безвідплатного права користування (позика, дарування); 3) договори з відплатного користування речами (майновий найм, житловий найм); 4) договори з приводу кредитних відносин (договір про надання кредиту, про відкриття рахунків тощо); 5) договори про спільну господарську діяльність; 6) договір страхування; 7) договір перевезення [16, с.65-87].

Один із видатних цивілістів О.С. Йоффе використовує для класифікації комбінований критерій, який одночасно вміщує і юридичні, і економічні ознаки. На основі такого комбінованого критерію він розподілив зобов'язання, передбачені діючим на той час законодавством, на наступні групи: 1) зобов'язання з відплатної реалізації майна (купівля-продаж); 2) зобов'язання з відплатної передачі майна у користування (майновий найм, найм житлового приміщення); 3) зобов'язання з безвідплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка); 4) зобов'язання з виробництва робіт (підряд, підряд на капітальне будівництво); 5) зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, зберігання, експедиція); 6) зобов'язання з перевезення (залізничне, морське, річкове, повітряне, автомобільне перевезення, буксирування морське та річкове); 7) зобов'язання з кредиту та розрахунків (позика, банківське кредитування, розрахунковий та поточний рахунки, розрахункові правовідносини, чек, вексель); 8) зобов'язання зі страхування (майнове страхування, особисте страхування); 9) зобов'язання зі спільної діяльності (спільна діяльність громадян, спільна діяльність соціалістичних організацій); 10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (публічне обіцяння винагороди, ведення чужих справ без доручення); 11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, рятування соціалістичного майна, безпідставного придбання або збереження майна) [11, с.23-25].

М.І. Брагинський вважає: на першому рівні договори поділяються залежно від спрямованості результату, на досягнення якого вони укладаються і утворюють чотири групи: 1) договори, спрямовані на передачу майна; 2) на виконання робіт; 3) на надання послуг; 4) на заснування різноманітних утворень [3, с.399-403].

Ю.В. Романець основним системним чинником в класифікації вважає спрямованість зобов'язань, під якою автор розуміє не саму основну дію зобов'язаної особи, а економічний та юридичний результати, на досягнення яких спрямована ця дія. На підставі цього критерію виділяються сім груп цивільно-правових договорів, спрямованих на: 1) передачу майна у власність; 2) передачу

об'єктів цивільних прав у тимчасове користування; 3) виконання робіт (надання послуг); 4) надання відстрочки повернення такої ж кількості майна того ж роду і якості або на відстрочку оплати; 5) заміну особи у зобов'язанні; 6) досягнення мети, єдиної для всіх учасників (група спільноцільових договорів); 7) страхування [17].

М.Д. Єгоров на рівні груп в межах договірних зобов'язань, залежно від характеру переміщення матеріальних благ, яке опосередковується ними, виділяє: зобов'язання з реалізації майна, зобов'язання з надання майна у користування, зобов'язання з виконання робіт, зобов'язання з перевезення, зобов'язання з надання послуг, зобов'язання з розрахунків та кредитування, зобов'язання зі страхування, зобов'язання зі спільної діяльності, змішані зобов'язання [18, с.478-480].

Але треба зазначити, що всі наведені класифікації, як вітчизняними, так і науковцями пострадянського простору різних історичних періодів, мають певні недоліки і є, як правило, недостатніми для того, щоб охопити всі договірні правовідносини. Тому, ще одне питання, яке з цього приводу заслуговує на увагу — класифікація договорів у зарубіжних цивільно-правових системах.

У країнах континентального права законодавство й доктрина розрізняє насамперед договори односторонні, в яких одна сторона зобов'язується перед іншою вчинити на її користь певні дії без виникнення зустрічного обов'язку іншої сторони, і двосторонні (синтагматичні), у яких сторони взаємно зобов'язуються вчинити певні дії на користь одна одної, тобто кожна з них має і права, і обов'язки.

В юридичній літературі двосторонні договори поділяють на синалагматичні (права й обов'язки сторін приблизно рівноцінні) і неповні двосторонні (права й обов'язки сторін не врівноважені або можуть виникати за певних обставин) [19, с.173; 20, с. 375-376].

Оплачуваними є договори, у яких між сторонами відбувається обмін еквівалентними цінностями, що можуть бути виражені в грошах, зафіксовані в правах тощо, а безоплатними — у яких боржник нічого не одержує в обмін на своє зобов'язання. У торгових відносинах презюмується оплатність договорів; безоплатні договори поширені в суто цивільних відносинах.

Оплачувані договори, у свою чергу, поділяються на мінові (комутативні), в яких вигоди чи збитки, що їх можуть зазнати сторони, можуть бути оцінені в момент укладення договору, та ризикові (алеаторні).

Консенсуальні — це договори, які є укладеними з моменту досягнення сторонами згоди щодо

всіх істотних умов у передбаченій законом формі (більшість договорів), а реальними є договори, для укладення яких, окрім досягнення згоди, необхідно передати кредиторіві визначену річ (договори позики, схову тощо).

Континентальна правова доктрина виокремлює договори з одноразовим виконанням, що передбачають виконання обов'язку шляхом здійснення однієї дії протягом короткого проміжку часу, і з тривалим виконанням, за яких один або декілька обов'язків реалізуються протягом тривалого періоду.

Німецьке право, поряд з цим, виділяє серед цивільно-правових договорів зобов'язальні, речові, шлюбно-сімейні та спадкові, а також за змістом зобов'язань поділяє їх на договори про остаточну передачу майнових благ (купівля-продаж, дарування), про надання в користування (найм, оренда, лізинг), підряд, туристичний), про об'єднання суб'єктів (спільну діяльність) та ін.

У праві Англії та США розроблена дещо інша класифікація договорів [19, с.175; 21, с.165]. Насамперед їх поділяють на формальні та прості. Формальні договори ще називають договорами «за печаткою» (contracts by deed). Ця форма договору склалася історично: такий договір оформлявся на пергаменті в кількості примірників відповідно до числа сторін, підписувався кожним учасником і опечатувався гербовими сургучевими печатками та урочисто вручався сторонам. Прості договори (неформальні) укладаються як в усній, так і в письмовій формі за звичайною процедурою, обов'язковою умовою в них є зустрічне надання (зустрічна винагорода). Поряд з формальними та простими, англо-американське право виділяє договори за рішенням суду (contracts of record), за яких зобов'язання вчинити певні дії покладається на учасників судовим рішенням.

Виконані договори (executed contracts) — це договори, в яких принаймні одна зі сторін хоча б частково виконала свої обов'язки, а договори, що підлягають виконанню (executory contracts), — це такі, в яких сторони ще не приступили до виконання своїх зобов'язань.

Прямо (явно) виражені — це договори, укладені в словесній формі, у змісті яких чітко й недвозначно відображені наміри сторін. Договори, які підрозуміваються (у тому числі квазідоговори) — це такі договори, в яких наміри сторін не відображено або не чітко відображено, або існування й умови яких впливають з відповідної поведінки сторін.

Сучасна англо-американська правова доктрина, окрім наведеної, проводить класифікацію договорів і за аналогією до континентального права та виділяє ще такі їх види: односторонні та двосторонні

(за розподілом прав і обов'язків), двосторонні та багатосторонні (за кількістю учасників), реальні та консенсуальні, усні та письмові, подільні та неподільні (за подільністю чи неподільністю предмета договору), основні та додаткові (допоміжні), вільні та обов'язкові, змішані та однорідні, взаємно розроблені та договори приєднання, попередні та основні, на користь третьої особи та на користь сторін договору та ін.

Американське право визнає як окремий вид дискреційні договори, в яких offerent не може відкликати свою offerту й адресат offerти має право прийняти її в будь-який час протягом визначеного терміну або поступитися своїми правами іншій особі [22, с.72-75].

Висновки. З вказаного випливає висновок про те, що як у сучасній, так і в зарубіжній правовій доктрині існують схожі підходи до класифікації цивільно-правових договорів. Таким чином, система цивільно-правових договорів як єдина система зі складними взаємозв'язками її елементів характерна як внутрішньою єдністю, так і диференціацією договірних відносин, що зумовлена особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих договорами.

Класифікація договорів є простою і структурною. Перша з вказаних класифікацій проводиться за принципом дихотомії або шляхом об'єднання груп договорів. Поділ договорів в системній класифікації відбувається від загального до особливого: тип, вид, підвид.

Всі існуючі класифікації мають певні недоліки і є, як правило, недостатніми для того, щоб охопити всі договірні правовідносини, а із-за різноманіття останніх розробити однозначно ідеальну класифікацію цивільно-правових договорів уявляється неможливим.

Література:

1. Луць В.В. Поняття, значення та функції договору в цивільному праві // Цивільне право України. Підручник у 2-х книгах. Кн. 1 / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 689 с.
2. Щербина В.С. Господарське право України. — Київ: „Атіка», 1999. — 298 с.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. — М.: Статут, 1997. — 876с.
4. Матвеев Ю.Г., Довгерт А.С., Кисиль В.И. Гражданское право в вопросах и ответах: Справочник. — К.: Политиздат Украины, 1987. — 236с.
5. Богданов Е.А. Договор в сфере предпринимательства. — Харьков: Консум. 1997. — 345с.
6. Емельянов В.П. Гражданское право Украины. Практическое пособие. — Харьков: Консум, 1996. — 276 с.
7. Олюха В.Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система. Дис. к.ю.н. — 186с.
8. Быков А.Г. Система хозяйственных договоров // Вестник МГУ. — 1974. — № 1. — С. 3-8
9. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. — М.: Юриздат, 1950. — 230с.
10. Советское гражданское право // Под ред. Грибинова В.Л., Корнеева С.М. — М.: «Юридическая литература», 1979. — 549с.
11. Иоффе О.С. Обязательственное право. — М.: Юридическая литература, 1975. — 765с.
12. Аскназий С.И. Очерки хозяйственного права СССР. — Ленинград: Рабоч. изд-во «Прибой», 1926. — С. 65-66.
13. Вопросы кодификации советского законодательства. Сборник статей. — Свердловск, 1995. — 276с.
14. Курс советского хозяйственного права / Под ред. М. Дониова. — М.: ОГИЗ, 1987. — 329с.
15. Луць В.В. Контракты у підприємницькій діяльності. Навчальний посібник — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 180с.
16. Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве: Ученые записки ХЮИ. — Вып. 5. — 1954. — С. 65-87
17. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. — М.: Юристъ, 2001. — 278с.
18. Гражданское право. Том 1. Учебник // Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М.: «ПБОЮЛ Л.В. Рожников», 2001. — 765с.
19. Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — 429с.
20. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — 456с.
21. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части — М.: Дело, 2000. — 276с.
22. Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн. Навчальний посібник (Курс лекцій). — Видання друге без змін. — К.: КНЕУ, 2006. — 346с.

Озернюк А.В. Система гражданско-правовых договоров по законодательству Украины и зарубежных стран

Аннотация. В статье исследуются точки зрения о системе гражданско-правовых договоров представителей цивилистической науки разных исторических периодов, проведен сравнительный анализ отечественных и зарубежных классификаций.

Ключевые слова: гражданско-правовой договор, система гражданско-правовых договоров.

Ozernuk A. V. The system of civil contracts by the law of Ukraine and foreign countries

Summary. The points of view about the law contracts system of civil law scientists of different historical periods are researched, the comparative analyzing of domestic and foreign classifications is made.

Key words: civil contract, the system of civil contracts.

Серих О.В.,

к. ю. н.,

доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

КЛАСИФІКАЦІЯ ДЖЕРЕЛ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Анотація. Статтю присвячено дослідженню джерел корпоративного права України. Проаналізовано думки вчених щодо визначення поняття корпоративного права. Обґрунтовано, що корпоративне право є комплексною галуззю права. Зазначено, що джерела корпоративного права, які належать до різних галузей права, мають неоднорідний і комплексний характер. Надано поняття «джерела корпоративного права». Здійснено класифікацію джерел корпоративного права України за різними підставами.

Ключові слова: акціонерне товариство, господарські товариства, джерела корпоративного права, корпорація, корпоративне право.

Постановка проблеми. Необхідною умовою діяльності господарських товариств є забезпечення ефективного та своєчасного захисту прав та охоронюваних законом інтересів учасників корпоративних відносин. Ця сфера правового регулювання є пріоритетною як у національному законодавстві, так і на міжнародному рівні. У зв'язку з цим, законодавство України про компанії також віднесено до пріоритетної сфери першого етапу виконання Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженої Законом від 18 березня 2004 р. № 1629–IV [4].

Проте, законодавча неврегульованість, недосконалість формулювань положень нормативно-правових актів, наявність колізій у сфері корпоративних правовідносин призводять до неоднакового тлумачення та застосування корпоративного законодавства, що викликає потребу у систематизованому розгляді джерел корпоративного права України.

Аналіз публікацій з досліджуваної проблеми. Дослідженням різних аспектів корпоративного права присвятили свої праці такі науковці як О.М. Вінник, Т.В. Кашаніна, О.Р. Кібенко, В.М. Кравчук, О.О. Мельник, В.К. Мамутов, І.В. Спасибо-Фатеева, М.О. Томашевська, В.С. Щербина та ін.

Внесок у розробку окремих питань в галузі діяльності корпорацій зробили вчені та юристи-практики: М. Азоян, А. Єфименко, Н. Бетіна,

В. Вербяний, М. Лібанов, П. Лукомський, Т. Лазанська та ін.

Однак, незважаючи на розробленість фундаментальних положень корпоративного права, у вітчизняній юридичній літературі деякі питання залишилися поза увагою науковців. Розгалуженість нормативно-правових актів, які регулюють широкий спектр корпоративних правовідносин, передбачає необхідність класифікації джерел корпоративного права.

Мета статті. Метою цієї статті є дослідження джерел корпоративного права та надання їх класифікації.

Виклад основного матеріалу. Слід зазначити, що серед науковців і досі триває дискусія щодо поняття, предмету, методу, місця корпоративного права у правовій системі України. У зв'язку з цим, неоднозначна думка вчених про поняття, систему і види джерел корпоративного права.

У правовій та економічній літературі термін «корпорація» (з лат. corporatio — об'єднання, союз, товариство) застосовується в основному для визначення господарських товариств (перш за все акціонерних) — комерційних юридичних осіб, створених на об'єднаному майні засновників.

У нормах вітчизняного законодавства термін «корпоративне право» використовується як право особи, що виникає із його членства (участі) в будь-якій корпорації.

О.Р. Кібенко вважає предметом корпоративного права групу відносин зовнішнього характеру, що виникають між корпорацією і третіми особами; і внутрішнього характеру (внутрішньоорганізаційні, внутрішньофірмові), — учасниками яких є учасники (засновники) корпорації, сама корпорація (як юридична особа, суб'єкт права) та її органи [9, 12-13].

Російський автор Т.В. Кашаніна зазначає, що корпоративне право як право внутрішньофірмове — це «система правил поведінки, які розроблені в організації, заснованій на об'єднанні осіб і капіталів, виражають волю її колективу та регулюють різні сторони діяльності даної організації» [8, 59].

З прийняттям Закону України від 17 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства» [6] можна говорити про формування підгалузі корпоративного

права — акціонерного права. Хоча деякі вчені акціонерне право вважають правовим інститутом господарського права [7].

У широкому значенні корпоративне право — це право юридичних осіб, яке визначає порядок їх створення, функціонування і ліквідації. До такого розуміння корпоративного права схиляється В.М. Кравчук [11].

Враховуючи історію розвитку корпорацій у світі, і на підставі аналізу теоретичних засад корпоративних правовідносин корпоративне право слід розглядати саме як право господарських товариств — комерційних юридичних осіб, заснованих на об'єднанні капіталу (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Отже, корпоративне право України як галузь права являє собою сукупність правових норм, які регулюють правові відносини, пов'язані із створенням, функціонуванням і ліквідацією господарських товариств.

Відносини, врегульовані нормами корпоративного права, різноманітні за своєю правовою природою і включають широкий спектр приватно-правових і публічно-правових відносин. Це дає змогу констатувати, що корпоративне право України — це комплексна галузь права, норми якої регулюють приватно-правові і публічно-правові відносини, пов'язані із створенням, діяльністю і ліквідацією господарських товариств, включаючи відносини внутрішньофірмового характеру.

З цього випливає неоднорідність і комплексний характер джерел корпоративного права, які належать до різних галузей права (господарського, цивільного, адміністративного, податкового та ін.) і включають локальні норми.

Джерела корпоративного права становлять єдину, цілісну систему, елементи (складові частини) якої перебувають у відносній субординації й ієрархічній підпорядкованості відповідно до логіки правового регулювання корпоративних правовідносин.

Під джерелами корпоративного права у формальному значенні слід розуміти результати діяльності державних органів та суб'єктів господарювання, тобто нормативно-правові акти та акти договірної характеру, які регулюють корпоративні правовідносини.

Основними принципами побудови системи джерел корпоративного права є їх конституційність і законність. Конституційність у цьому випадку передбачає сувору відповідність всіх джерел права основним принципам корпоративного регулювання, закріпленим у Конституції України. Законність означає обов'язкову відповідність підзаконних актів приписам законів, на підставі й на розвиток яких приймалися дані нормативно-правові акти.

Джерела корпоративного права можна класифікувати за різними підставами.

За характером прийняття джерела корпоративного права поділяються на такі, що приймаються державними органами (закони, укази, постанови тощо); і такі, що приймаються учасниками господарського товариства (статут, кодекс корпоративної поведінки тощо).

В залежності від юридичної сили необхідно виокремити Конституцію України, закони, підзаконні нормативно-правові акти, акти місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, локальні нормативно-правові акти.

Залежно від ступеня узагальненості слід розрізняти кодифіковані, поточні та комплексні джерела корпоративного права.

Кодифікованими джерелами корпоративного права є Цивільний кодекс України [2] (ЦКУ), Господарський кодекс України (ГКУ) [1].

Оскільки господарське товариство є юридичної особою, то на нього поширюються норми ЦКУ щодо юридичної особи. ГКУ регламентує правовий статус господарських товариств, зокрема, надає поняття підприємства, господарського товариства, визначає організаційно-правові форми господарського товариства, статутний капітал господарського товариства, права та обов'язки учасників господарського товариства тощо.

До поточних нормативно-правових актів можна віднести Закони України від 17 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства», від 19 вересня 1991 р. «Про господарські товариства» [3].

До комплексних нормативних актів належать Закон України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність», Закон України від 6 березня 1992 р. «Про приватизаційні папери» тощо.

За характером корпоративних правовідносин джерела корпоративного права доцільно поділяти на джерела як права внутрішньофірмового та корпоративного права, норми якого регулюють відносини, пов'язані із створенням, діяльністю і ліквідацією господарських товариств, включаючи відносини внутрішньофірмового характеру.

До внутрішньофірмових джерел корпоративного права відноситься корпоративний договір — нормативний договір, який містить норми корпоративного права, визначає універсалізацію прав і обов'язків сторін корпоративних відносин, надає їм тривалий, стабільний характер (наприклад, засновницький договір юридичної особи).

Серед внутрішньофірмових джерел корпоративного права важлива роль належить локальним нормативно-правовим актам (наприклад, статут, правила внутрішнього трудового розпорядку тощо), які чинні тільки в межах конкретного підприємства, установи, організації.

Корпоративний (локальний) правовий акт — документ органу корпорації, що містить корпоративні норми та регулює різні сфери діяльності товариства: управління товариством, фінансові питання, цінні папери товариства [10].

Окреме місце серед джерел корпоративного права займають корпоративні звичаї. Корпоративний звичай — це правило, підсумок постійного і однакового застосування правил (наприклад, завершувати роботу в певний час, повідомляти керівництво про факти, що порушують звичний розпорядок життя організації).

Корпоративні прецеденти — корпоративні рішення, що використовуються як зразок для вирішення в корпорації аналогічних справ (наприклад, вручення іменникам цінних подарунків).

В залежності від окремих сфер господарської діяльності слід виокремити загальні і спеціальні джерела корпоративного права.

Застосування норм загальних законів пояснюється тим, що господарські товариства розглядаються національним законодавством як суб'єкти господарської (підприємницької) діяльності і, відповідно, підпадають під стандартні норми в галузі господарської (підприємницької) діяльності.

До загальних джерел треба відносити нормативні акти, які регулюють порядок здійснення господарської (підприємницької) діяльності в Україні: ЦКУ від 16 січня 2003 р., ГКУ від 16 січня 2003 р., Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р.; Закон України від 19 вересня 1991 р. «Про господарські товариства», Закон України від 17 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства», Закон України від 1 червня 2000 р. «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», Закон України від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців», Закон України від 30 червня 1999 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та ін.

На акціонерні товариства поширюється не тільки законодавство про господарську діяльність, а й законодавство про цінні папери і фондовий ринок, зокрема: Закон України від 23 лютого 2006 року «Про цінні папери та фондовий ринок», Закон України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», Закон України від 10 грудня 1997 р. «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» та інші нормативні акти.

О.Р. Кібенко правильно стверджує, що істотні особливості має правовий статус господарських товариств, які створюються у сфері спільного інвестування, банківської, страхової і депозитарної

діяльності, на ринку цінних паперів та деяких інших сферах підприємницької діяльності. Правовий статус цих господарських товариств визначається спеціальним інвестиційним, банківським, страховим, біржовим законодавством, законодавством, що визначає правовий статус професійних учасників фондового ринку [9; 37-38].

Таким чином, до спеціальних джерел корпоративного права відносяться нормативно-правові акти про господарські товариства у сфері приватизації, регулювання фондового ринку, інвестиційної діяльності тощо.

У корпоративному законодавстві можна виокремити як групи законів, що безпосередньо регулюють правовий статус господарського товариства, так і такі, що так чи інакше пов'язані з діяльністю господарських товариств.

Це положення ґрунтується на визначенні спеціальних, так званих «похідних» форм господарських товариств, таких як фондова біржа, холдингова компанія, банк, страхова компанія тощо, щодо створення, функціонування яких законодавством встановлені особливі вимоги.

Так, відповідно до статті 21 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про цінні папери та фондовий ринок» [5] фондова біржа утворюється та діє в організаційно-правовій формі товариства (крім повного, командитного товариства і товариства з додатковою відповідальністю) або дочірнього підприємства об'єднання торговців цінними паперами, та провадить свою діяльність відповідно до Цивільного кодексу України, законів, що регулюють питання утворення, діяльності та припинення юридичних осіб, з особливостями, визначеними цим Законом.

У законодавстві про господарські товариства окремо можна виділити закони, що регулюють порядок створення і діяльності фінансових посередників: Закон України від 15 березня 2001 року «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)», Закон України від 15 березня 2006 року «Про холдингові компанії в Україні», Закон України від 17 березня 1996 р. «Про страхування», Закон України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність», Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» та ін.

Правовий статус господарських товариств з іноземними інвестиціями визначається Законом України від 18 вересня 1991 р. «Про інвестиційну діяльність», Законом України від 19 березня 1996 р. «Про режим іноземного інвестування».

Діяльність акціонерних товариств, створених в процесі корпоратизації і приватизації державних підприємств регламентується приватизаційним законодавством.

До приватизаційного законодавства належать: Закон України від 4 березня 1992 р. «Про приватизацію державного майна» (в редакції від Закона України від 19 лютого 1997 р.), Закон України від 6 березня 1992 р. «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)», Закон України від 6 березня 1992 р. «Про приватизаційні папери», Закон України від 10 липня 1996 р. «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі», Закон України від 14 вересня 2000 р. «Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва».

Висновки. Вищевикладене дозволяє дійти висновку, що джерела корпоративного права становлять єдину, цілісну систему, елементи (складові частини) якої перебувають у відносній субординації й ієрархічній підпорядкованості відповідно до логіки правового регулювання корпоративних правовідносин. Представлена класифікація джерел корпоративного права України сприятиме розвитку вітчизняного корпоративного законодавства і усуненню недоліків законодавства про господарські товариства.

Література:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22. — Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40—44. — Ст. 356.
3. Закон України від 19 вересня 1991 р. «Про господарські товариства» // Відомості Верховної Ради. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
4. Закон України від 18 березня 2004 р. «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
5. Закон України від 23 лютого 2006 року «Про цінні папери та фондовий ринок» // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.
6. Закон України від 17 вересня 2008 р. «Про акціонерні товариства» // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50-51. — Ст. 384.
7. Вінник О.М. Акціонерне право: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.; за ред. В.С. Щербини: КНУ ім. Т. Шевченка. — К.: Атіка, 2000. — 544 с.
8. Кашанина Т.В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): учебник для вузов. — М.: Издательская группа НОРМА — ИНФРА-М, 1999. — 815 с.
9. Кибенко Е.Р. Корпоративное право Украины. — Харьков: Эспада, 2001. — 288 с.
10. Кирилловых А.А. Корпоративное право: курс лекций. — М.: Юстицинформ, 2009. — 192 с.
11. Кравчук В.М. Корпоративне право. — К.: Істина, 2005. — 720 с.

Серых Е.В. Классификация источников корпоративного права Украины.

Аннотация. Статья посвящена исследованию источников корпоративного права Украины. Проанализированы мнения ученых об определении понятия корпоративного права. Обосновано, что корпоративное право является комплексной отраслью права. Отмечено, что источники корпоративного права, которые принадлежат к разным отраслям права, имеют неоднородный и комплексный характер. Представлено понятие «источники корпоративного права». Осуществлена классификация источников корпоративного права Украины по различным основаниям.

Ключевые слова: акционерное общество, хозяйственные общества, источники корпоративного права, корпорация, корпоративное право.

Serykh E. V. Classification of corporate law sources of Ukraine.

Summary. The article is devoted to research of corporate law sources of Ukraine. Scientists's opinions of corporate law concept determination are analysed. It is proven that a corporate law is the complex field of law. It is marked that the corporate law sources, which belong to the different fields of law, have heterogeneous and complex character. A definition «corporate law sources» is given. Corporate law sources of Ukraine are classified on different grounds.

Key words: joint-stock company, economic companies, corporate law sources, corporation, corporate law.

Згама А.О.,

ст. викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу Міжнародного гуманітарного університету

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УНІФІКАЦІЇ НОРМ ГОСПОДАРСЬКОГО, ЦИВІЛЬНОГО Й АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ АКТІВ

Анотація. У статті досліджуються питання, пов'язані з переглядом судових актів в апеляційному порядку. Унесені пропозиції щодо удосконалення процедури апеляційного провадження в господарському процесі.

Ключові слова: процесуальне законодавство, господарський процес, реформування, уніфікація, апеляція, апеляційна інстанція.

Постановка проблеми. Процесуальне законодавство України останнім часом набуло змін, що стало наслідком нового закону про судоустрій. У зв'язку з цим було зроблено чергову спробу удосконалити систему перегляду судових рішень у господарському та цивільному процесі. Проте, ці зміни не вирішили всіх проблемних питань, що постають у процесі реалізації права особи на судовий захист.

Актуальність дослідження обумовлена суспільною, соціальною та правовою значимістю інституту апеляційного перегляду судових рішень судів першої інстанції, оскільки перевірка судових актів в порядку апеляції є надійним механізмом у боротьбі із судовими помилками нижчестоящих судів з метою здійснення ефективного судового захисту.

Метою даної статті є розгляд та аналіз законодавчих положень перегляду судових актів в апеляційному порядку у світлі уніфікаційного процесу, виявлення, пов'язаних з цим проблем та особливостей.

Виклад основних положень. Реформування апеляційного перегляду повинно здійснюватися шляхом модернізації певних його процедур, зокрема, в напрямку уніфікації норм, якими регулюються відносини, що виникають у господарському суді апеляційної інстанції.

У п. 4 розділу IV Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів зазначається, що уніфікація процедур судового розгляду є важливим напрямом удосконалення судочинства, якщо завдання певного виду процесу не вимагає особливих правил [1].

Уніфікацією у праві називають процес приведення чинного права до єдиної системи, усунення розбіжностей і надання одноманітності правовому регулюванню подібних або близьких видів суспільних відносин [2, 921].

Уніфікація норм перегляду справ в апеляційному порядку може бути внутрішньою і зовнішньою.

Внутрішня уніфікація здійснюється на національному рівні шляхом приведення норм, що визначають апеляційний перегляд, до певної однотипності, одноманітності. Її об'єктами є відповідні норми ГПК [3], ЦПК [4] та КАС [5].

П. 5 розділу IV Концепції проголошено, що процедура перегляду судових рішень, незалежно від виду судочинства, має ґрунтуватися на однакових засадах. Разом з тим, варто пам'ятати, що належний судовий захист прав і свобод фізичних та юридичних осіб може здійснюватися лише за наявності досконалого процесуального законодавства.

Господарське судочинство містить інститути, споріднені за своїм змістом з відповідними інститутами цивільного та адміністративного процесу, незважаючи на певні їх процесуальні особливості. Зазначене пояснюється загальними засадами правового регулювання, особливостями правової природи судових органів, цілями та завданнями, що поставлені перед судовим процесом в цілому. Проте, має місце невідповідність ряду норм процесуальних кодексів, які направлені на регулювання подібних правових явищ.

Законодавець перебуває на шляху уніфікації норм ЦПК, ГПК та КАС. Свідченням цього є внесені зміни до процесуальних кодексів, що стали наслідком прийняття нового закону «Про судоустрій і статус суддів» [6]. Беззаперечно зроблені спроби узгодження положень кодексів у питанні перегляду судових актів в порядку апеляції мають свої переваги. Але наразі постало питання про прийняття нового ГПК України, тому необхідно врахувати усі ефективно діючі норми цивільного та адміністративного процесу з метою їх втілення в особливий вид судочинства — господарський.

Хоча зовсім інше бачення закріплено Концепцією вдосконалення судівництва. Так, вказується на необхідності поступового наближення, а потім і взагалі поєднання в одному кодексі норм цивільного і господарського процесів, оскільки між ними немає суттєвих відмінностей, зумовлених специфікою судочинства (п. 4 розділу IV Концепції).

Будучи противником формування єдиного цивільного судочинства, зазначимо, що господарський процес є частиною судового процесу, нарівні з цивільним та адміністративним, і його специфіка полягає у особливому зв'язку з економічними відносинами. Діяльність господарських судів спрямована на вирішення спорів, що виникають у процесі господарської діяльності. Тому до уніфікації слід підходити зважено, оскільки несвідоме дублювання норм одних процесуальних кодексів іншими, необґрунтоване об'єднання форм судочинства може призвести до незворотного процесу — зниження ефективності та якості судового захисту, що є неприпустимим.

Не слід забувати про єдину кінцеву ціль будь-якого судочинства — захист порушених чи оспорюваних прав та законних інтересів осіб. Тому саме у цьому напрямку повинна здійснюватися гармонізація та адаптація процесуального законодавства. Спробуємо проаналізувати положення процесуальних кодексів, які б, на нашу думку, сприяли зазначеному.

Беззаперечно позитивним є факт створення у 1991 р. господарських судів та прийняття ГПК. Проте, застарілість деяких його норм не сприяє пришвидшенню здійснення належного судового захисту. Зокрема, існує потреба у запровадженні інституту залишення апеляційної скарги без руху у господарське судочинство відповідно до існуючого в цивільному та адміністративному. Повернення апеляційної скарги з підстав її невідповідності вимогам щодо форми та змісту у ГПК взагалі не передбачається. Крім того, в адміністративному судочинстві функціонує інститут відмови у відкритті апеляційного провадження, що закріплено п. 4 ст. 189 КАС. Окремої норми в ЦПК та ГПК щодо підстав відмови у прийнятті апеляційної скарги не має. Проте, цікавою є позиція Верховного суду України та Вишого господарського суду з цього приводу. Зокрема питання відмови вирішується ними на рівні постанов Пленуму. Наприклад, у п. 5 Постанови Пленуму Вишого господарського суду України від 17.05.2011 р. № 7 зазначаються обставини, що виключають перегляд судових актів суду першої інстанції апеляційним господарським судом з винесенням з цього приводу відповідної ухвали [7]. У п. 8 Постанови Верховного суду України від 24.10.2008 р. № 12 також йде мова про можливість відмови

судді-доповідача у прийнятті апеляційної скарги [8]. Здавалося б, такий підхід є звичайним формуванням судової практики. Разом з тим, варто відмітити, що органи судової влади діють в межах своїх повноважень, визначених, перш за все, нормами процесуальних кодексів та інших правових актів, що мають силу закону. Оскільки ні в ЦПК, ні в ГПК не визначаються підстави для відмови у прийнятті апеляційної скарги, закріплювати їх на рівні постанов Пленуму не можна.

Ст. 297 ЦПК уповноважує суддю-доповідача в одноособовому порядку вирішувати питання про повернення апеляційної скарги. Аналогічні положення відображені в ст. 189 КАС. У господарському процесі апеляційна скарга повертається апеляційним господарським судом у складі колегії суддів, що, на наш погляд, не впливає на ефективність розгляду справ, а лише свідчить про дотримання формальних процедур та сприяє додатковій завантаженості апеляційної інстанції.

Відповідно до ст. 188 КАС і ст. 91 ГПК апеляційна скарга разом зі справою надсилається судом першої інстанції до апеляційного суду у триденний строк. Ч. 2 ст. 296 ЦПК передбачає, що суд першої інстанції на наступний день після закінчення строку для подання апеляційної скарги надсилає її разом зі справою до апеляційного суду. Один день є досить коротким терміном, зважаючи на велику завантаженість місцевих судів.

Враховуючи специфіку господарської діяльності, господарського обороту, проблем, які постали з фінансовою кризою, нестабільністю позицій, відображених у прийнятих органами державної влади правових актів, великого значення набуває оперативність господарського судочинства на будь-якій його стадії. Відповідно до ст. 102 ГПК апеляційна скарга на рішення розглядається у двохмісячний строк, на ухвалу — п'ятнадцятиденний строк з дня постановлення ухвали про прийняття апеляційної скарги до провадження. Такий строк розгляду скарг передбачений і ЦПК (ст. 303-1). Більш короткий термін, а саме для розгляду скарг на рішення закріплений у ст. 195-1 КАС. Враховуючи, що в господарському та цивільному судочинстві апеляційний перегляд судових актів здійснюється за правилами повної апеляції, скорочувати строк розгляду апеляційних скарг було б нелогічним. У суддів має бути досить часу, щоб встановити об'єктивну істину по справі, при цьому не варто забувати про можливість подачі учасниками апеляційного провадження додаткових доказів, які підлягають оцінці в загальному порядку. Крім того, заслуговує на увагу положення ч. 2 ст. 303-1 ЦПК, яке передбачає право апеляційного суду у виняткових випадках за клопотанням сторони

з урахуванням особливостей розгляду справи продовжити строк розгляду справи, але не більш як на п'ятнадцять днів, про що постановляється відповідна ухвала. Адже у судовій практиці трапляються випадки, коли рішення по справі постановляється у визначений законом строк, не зважаючи на недослідженість деяких фактів в силу тих чи інших обставин, які інколи не залежать від волі учасників процесу. Враховуючи вищезазначене, пропонуємо передбачити в ГПК і КАС можливість суду апеляційної справи у виняткових випадках у зв'язку зі складністю справи продовжити строк розгляду апеляційної скарги на п'ятнадцять днів.

Реалізацією волевиявлення є можливість позивача відмовитися від позову, апелянта — від апеляційної скарги, примирення сторін. Важливість такого права не викликає сумнівів. Проте, неоднозначним є положення ст. 100 ГПК, згідно з яким особа, яка подала апеляційну скаргу має право відмовитися від неї до винесення постанови. Разом з тим, апеляційний господарський суд має право не приймати відмову від скарги з підстав, визначених у ч. 6 ст. 22 ГПК (якщо ці дії суперечать законодавству або порушують чий-небудь права і охоронювані законом інтереси). Такого обмеження ні в ЦПК, ні в КАС не має. Крім того, ст. 194 КАС та ст. 306 ЦПК закріплено право позивача відмовитися від позову, право сторін укласти мирову угоду на стадії апеляційного провадження. У зв'язку з відсутністю такої норми в господарському процесі, пропонуємо з цього питання внести зміни до ГПК.

З метою внесення певної чіткості в процедуру апеляційного перегляду та сприяння дисциплінованості серед суддів пропонуємо врахувати досвід судів апеляційної інстанції з підготовки розгляду справи апеляційним судом, передбачений ст. 301 ЦПК і ст. 190 КАС. Зокрема, ГПК встановлює загальний строк розгляду апеляційної скарги, в який суд має провести усі необхідні підготовчі дії для розгляду справи і вже потім призначати справу до безпосереднього розгляду. Доречно покласти проведення підготовчих дій на суддю-доповідача протягом десяти днів з дня прийняття апеляційної скарги. Вбачається також можливим закріпити приблизний перелік таких дій.

Апеляційний господарський суд не зв'язаний доводами апеляційної скарги й перевіряє законність і обґрунтованість у повному обсязі (ч. 2 ст. 101 ГПК). Інше бачення законодавця спостерігається в ЦПК (ч. 1 ст. 303) та КАС (ч. 1 ст. 195) з відступленням від зазначеного правила у випадку, якщо під час розгляду справи буде встановлено неправильне застосування норм матеріального або порушення процесуального

права, які є обов'язковою умовою для скасування рішення. Дійсно, враховуючи те, що в апеляційному провадженні, характерному для господарського судочинства, відбувається повний перегляд справи, суддя повинен перевірити законність та обґрунтованість рішення незалежно від доводів апеляційної скарги. Ознаки повної апеляції в частині повноважень суду апеляційної інстанції має також і змінений цивільний процес. За чинним ЦПК апеляційна інстанція позбавлена права направляти справу на новий розгляд до суду першої інстанції. У зв'язку з цим, апеляційному суду необхідне досить широке коло прав для виявлення і при наявності усунення судової помилки. Тому логічно обґрунтованим було б закріплення на законодавчому рівні положення щодо його виходу за межі доводів апеляційної скарги. З іншого боку, апеляційний суд не може підміняти по своїй суті суд першої інстанції. Слід врахувати, що одним з основних принципів сучасного судового процесу є принцип диспозитивності, отже, учасники процесу мають зважено підходити до формування доводів апеляційної скарги. Вважаємо, що лише при неправильному вирішенні справи апеляційний суд зобов'язаний вийти за межі цих доводів. В іншому випадку це буде зайвим і не відповідає тим загальним засадам судочинства.

Не можна говорити, що господарський процес є повністю застарілим і уніфікація має відбуватися в бік внесення тільки змін до нього. Наприклад, деякі норми ГПК здійснили вплив на цивільне судочинство. Підтримуємо позицію законодавця щодо запровадження в останньому повної апеляції, з позбавленням суду апеляційної інстанції права направити справу на новий розгляд до місцевого суду, як то передбачено і у ГПК. Адже при повній апеляції апеляційний суд наділений повноваженнями зі встановлення обставин справи і винесення нового рішення, при цьому справа не кочує з однієї інстанції до іншої, що економить час і кошти держави та учасників процесу.

Маємо переконання, що створення майнових бар'єрів при подачі апеляційних скарг є неприпустимим з огляду на невідповідність такого положення Конституції України. Проте, зустрічаються справи, позовні вимоги за якими є меншими, ніж витрати держави на розгляд самої справи. Альтернативою може стати закріплення в процесуальних кодексах норми, яка б дозволила здійснювати апеляційний перегляд одноособово у випадку нескладності самої справи та незначної суми ціни позову (наприклад, для господарського процесу це може бути у розмірі двох мінімальних заробітних плат) або за згодою самих учасників процесу.

Необхідність зовнішньої уніфікації викликана ратифікацією України Конвенції про захист прав

людини і основоположних свобод 1950 р. [9], прийняттям Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [10]. Розпочатий процес адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу триває і нині. Таким чином, об'єктами зовнішньої уніфікації виступають норми господарського процесуального законодавства і, перш за все, норми зазначеної Конвенції, метою є приведення їх у відповідність.

Особливого значення набуває п. 1 ст. 6 Конвенції, відповідно до якого кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Ст. 13 цієї Конвенції гарантується кожному, чий права та свободи, визнані в Конвенції, порушуються право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

У даному випадку мова йде про права не тільки фізичних, але й юридичних осіб, оскільки згідно зі ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Тому напрошується висновок, що майнові права фізичних та юридичних осіб мають бути однаково захищеними.

Незважаючи на значні кроки, зроблені з метою удосконалення господарського судочинства, все ж таки деякі норми господарського процесуального законодавства не відповідають ст. 6 та ст. 13 Конвенції. Не є виключенням у цьому питанні і цивільний та адміністративний процес. Наприклад, у ст. 106 ГПК та ст. 293 ЦПК міститься перелік ухвал, на які можна подати апеляційні скарги окремо від рішення суду. Ч. 2 ст. 185 КАС також передбачає можливість оскарження ухвали в апеляційному порядку окремо від постанови суду у випадках, встановлених цим кодексом. Таким чином, законодавець виробив єдиний підхід у праві подати апеляційну скаргу на ті чи інші ухвали, у зв'язку з чим і були внесені відповідні зміни до ГПК. Але така уніфікація норм процесуальних кодексів суперечить Конституції України, відповідно до п. 8 ч. 3 ст. 129 якої однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом. У рішенні від 27.01.2010 р.

№ 3-рп/2010 Конституційний Суд України звернув увагу на те, що апеляційне оскарження судового рішення можливе у всіх випадках, крім тих, коли закон містить заборону на таке оскарження [11]. Норми Конституції є нормами прямої дії, а отже, у даному випадку відбувається порушення ст. 8 Конституції України, яка забезпечує право на звернення до суду безпосередньо на підставі Конституції. Крім того, дане положення процесуального законодавства порушує зобов'язання, взяті Україною при ратифікації Конвенції, оскільки відмова у доступі до оскарження є не чим іншим, як відмовою у доступі до правосуддя.

Отже, необхідно переглянути положення процесуальних кодексів в частині визначення тих ухвал, які не можуть бути оскаржені в апеляційному порядку окремо від судового рішення, і надати можливість учасникам судового процесу подавати апеляційні скарги на всі інші ухвали з метою захисту своїх прав та законних інтересів.

Господарське процесуальне законодавство в цілому відповідає також Рекомендації R (95) 5 Комітету міністрів Ради Європи відносно введення в дію і покращення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і торговельних справах [12]. Разом з тим, не всі внесені зміни з метою уніфікації норм процесуальних кодексів, на наш погляд, є прогресивними. Наприклад, Комітет міністрів Ради Європи пропонує встановлювати конкретні максимальні строки для реалізації права на оскарження (ст. 3 зазначеної Рекомендації). Разом з тим, якщо раніше за ГПК відновлення пропущеного строку подачі апеляційної скарги обмежувалось трьома місяцями, то нині цей строк є необмеженим. Аналогічні положення можемо спостерігати в ЦПК і КАС. Вважаємо, що можливість апеляційного перегляду не може бути занадто довгою. Адже визначення факту, чи є конкретна причина дійсно поважною ґрунтується все ж таки на суб'єктивному факторі. Крім того, учасники господарського процесу мають право розраховувати на отримання кінцевого результату у захисті своїх інтересів.

Висновки. Враховуючи вищевикладене, хочеться наголосити, що завданням уніфікації не є досягнення повного словесного співпадання текстів статей або глав кодексів. Цей процес полягає у забезпеченні тотожності підходів у фіксації правової природи одного й того ж явища. Уніфікація має бути проявом удосконалення господарської, цивільної та адміністративної процесуальної форми, а не безсистемного їх реформування.

Література:

1. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України від 24.05.2006. — 2006 р. — № 19. — стор. 23. — стаття 1376.
2. Великий енциклопедичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. — К.: ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2007. — 992 с.
3. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII // ВВР. — 1992. — № 6. — ст.56.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // ВВР. — 2004. — № 40-41, 42. — ст.492.
5. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV // ВВР — 2005. — № 35-36, № 37. — ст.446.
6. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» 07.07.2010 р. № 2453-VI // ВВР від 22.10.2010 — 2010 р., № 41, № 41-42; № 43; № 44-45. — стор. 1468. — стаття 529.
7. Постанова Пленуму Вишого господарського суду України від 17.05.2011 р. № 7 // Вісник господарського судочинства від 00.06.2011 р. — 2011 р. — № 3. — стор. 23.
8. Постанова Верховного суду України від 24.10.2008 р. № 12 // Вісник Верховного суду України — 2008 р. — № 11.
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України від 16.04.1998 — 1998. — № 13 / № 32 від 23.08.2006. — стор. 270.
10. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV // ВВР. — 2006. — № 30. — ст.260.
11. Рішення Конституційного Суду України від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010 // Вісник Конституційного суду України — 2010 р. — № 2. — стор. 21.
12. Рекомендації R (95) 5 Комітету міністрів Ради Європи відносно введення в дію і покращення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і торговельних справах від 07.02.1995 // [Електронний ресурс] www.rada.gov.ua

Згама А.А. Актуальные вопросы унификации норм хозяйственного, гражданского и административного процессуального законодательства, регулирующих апелляционный пересмотр судебных актов.

Аннотация. В статье исследуются вопросы, связанные с пересмотром судебных решений в апелляционном порядке. Внесены предложения по усовершенствованию процедуры апелляционного производства в хозяйственном процессе.

Ключевые слова: процессуальное законодательство, хозяйственный процесс, реформирование, унификация, апелляция, апелляционная инстанция.

Zgama A.A. Actual questions of unification of the commercial, civil and administrative procedure legislations regulated the appeal review of decisions.

Summary. The paper examines the problems connected with the appeal review of the decisions. The author makes some suggestions concerning improvement of appeal proceedings at the commercial procedure.

Key words: procedure legislation, commercial proceeding, reform, unification, appeal, appellate instance.

*Ільїна Ю. П.,
асистент кафедри цивільного
та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІУСА В УКРАЇНІ

Анотація. У даній статті досліджується діюче законодавство України про нотаріат щодо чіткого встановлення правового статусу нотаріуса.

Ключові слова: нотаріат, державний нотаріус, публічно-правовий статус нотаріуса, приватноправовий статус нотаріуса.

Постановка проблеми. Нотаріус при здійсненні нотаріальних дій виконує функції захисту прав людини і особи, оскільки надає незалежну і неупереджену юридичну допомогу на основі рівності, законності і справедливості, попереджаючи виникнення правових конфліктів у сфері цивільного обігу.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про нотаріат» (далі — Закон), нотаріат в Україні — це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності [1].

За період існування незалежної України статус нотаріату зазнав еволюційного послідовного удосконалення. Це позитивно позначилося на діяльності нотаріусів щодо забезпечення стабільності цивільного обігу, зниження навантаження на суддів, завдяки зменшенню кількості суперечок про нікчемність та заперечність операцій, вирішення правових конфліктів без звернення до суду.

Аналіз останніх досліджень. Проблемні питання щодо визначення правового статусу нотаріусів і його вдосконалення, досліджуються у працях правників, які не вважають їх (ані державних, ані приватних нотаріусів) посадовими або службовими особами. Серед них, зокрема: Бантишев О., Сидоров І.Ф., Андрушко П.П., Стрижевська А.А., Фурса Є.І., Фурса С.Я., Гулевська Г.Ю., Черниш В.М. та інші фахівці в різних галузях права України, які у своїй діяльності досліджували ці питання.

Виклад основних положень. Варто зауважити, що вчинення нотаріальних дій — це особливий вид діяльності, яка за своїм правозастосовчим характером не залежить від її суб'єктивного складу.

Тому можна зазначити, що поділ нотаріусів на державних та приватних обумовлений не харак-

тером їх обов'язків, а особливостями внутрішньої організації і фінансового забезпечення нотаріальної діяльності.

Стосовно визначення правового статусу державних та приватних нотаріусів слід проаналізувати деякі законодавчі акти. Поняття «посадова особа» міститься лише у Законі України «Про державну службу» [2], згідно з ч. 2 ст. 2 якого, посадовими особами вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких нормативно-правовими актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій.

Відповідно до пункту 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003 року «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» [3], при вирішенні питання про те, чи є особа службовою, потрібно виходити з положень, що містяться у примітках 1 і 2 до статті 364 Кримінального кодексу України [4] (далі — КК), в яких зазначено, що службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, займаної посади, виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

Ще зазначена примітка до статті 364 КК України до службових осіб відносить дві категорії осіб:

а) особи, які здійснюють функції представників влади;

б) особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки або виконують такі обов'язки за спеціальними повноваженнями, що пов'язані з виконанням організаційно.

Тобто, з вищенаведеного, на нашу думку, держава, встановлюючи вимогу про участь нотаріусів у певних видах відносин, визнає нотаріально оформлені документи та правовідносини, які виникають на їх підставі як законні, справжні і достовірні, а також забезпечує їх захист та реалізацію органами державної влади і системою органів державного примусу.

Таким чином, приватні і державні нотаріуси здійснюють правозастосовну діяльність від імені держави і виконують функції представників влади, а тому є посадовими особами тощо.

Для того, щоб акти приватного нотаріуса мали силу офіційних, держава повинна наділити його певними повноваженнями, що в сукупності складають компетенцію нотаріуса.

В.В. Комаров та В.В. Баранкова вважають, що приватний нотаріус володіє державно-владним характером, зачіпає найбільш важливі права та законні інтереси громадян та організацій. Ці науковці вважають, що в діяльності нотаріуса особливо важливими є два аспекти: з одного боку, він здійснює свою діяльність від імені держави, яка делегує нотаріусу спеціальні повноваження і наділяє його низкою прав та обов'язків; з іншого — нотаріус не отримує заробітної плати з бюджету, не перебуває у штаті державного апарату і організує свою діяльність самостійно: орендує або набуває права власності на приміщення, обладнання нотаріальної контори, наймає працівників та за власні кошти оплачує їхню працю [5, с. 46].

Таким чином, нотаріус має унікальний дуалістичний статус, який обумовлює необхідність віднесення його до посадових осіб незалежно від того, що він не перебуває на державній службі і не входить до штату державного апарату.

Ця особливість правового становища нотаріуса проявляється в тому, що він виконує функції державної влади [6, с. 21], що підтверджується публічно-правовим статусом:

- 1) нотаріус є посадовою особою, наділеною державною владою, і водночас спеціалістом вільної юридичної професії;
- 2) нотаріус наділяється повноваженнями держави, що надає йому ознак посадової особи, а його діяльності — публічний, офіційний характер;
- 3) призначення на посаду здійснюється Головним управлінням юстиції міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головними управліннями юстиції в областях, містах Києві та Севастополі, суб'єктом організації та контролю нотаріальної діяльності постає держава, яка вирішує питання розташування нотаріальних офісів — їх кількості, місцезнаходження, утворення, скасування, реєстрації, а також контролю не лише розташування офісів, але й самої нотаріальної діяльності з позицій якості надання нотаріальних послуг.

Нотаріуси, виконуючи добровільно взяті на себе обов'язки перед суспільством і державою, дійсно виконують суспільно доцільні функції в межах безспірних цивільних правовідносин, які збігаються з функціями держави і виконання яких забезпечує держава.

Але не можна остаточно погодитися з тим, що діяльність нотаріусів має державно-владний характер і нотаріуси мають державно-владні повноваження.

Якщо повністю погодитись із зазначеними вище тезами Баранкової В.В., то постане питання, а чому ж тоді жодна норма жодного нормативного акта України не стверджує, що нотаріуси вчиняють нотаріальні дії від імені держави? На підтвердження того, що нотаріуси вчиняють нотаріальні дії не від імені держави, а від свого особистого імені достатньо прочитати зразки тексту, яким оформлюються такі дії (за формами, затвердженими наказом Мініюсту від 10 січня 2005 р. № 1/5) [7, форми № 3-103].

Баранкова В.В. також зазначила, що недоліком чинного нотаріального законодавства слід вважати відсутність у ньому вказівки на те, що нотаріус уповноважений вчиняти нотаріальні дії державою. Це уточнення сприяло б більш правильній регламентації вступу на посаду приватнопрактикуючого нотаріуса [5, с. 37].

Теза про те, що повноваження вчиняти нотаріальні дії надаються нотаріусу законом, а значить — державою, є очевидною і ні в кого не викликає сумніву.

Щодо участі держави у «вступі на посаду приватнопрактикуючого нотаріуса», про який зазначено Баранковою В.В., на сьогодні цей процес регламентовано статтею 24 Закону, з якої бачимо, що держава проводить реєстрацію приватної нотаріальної діяльності, яка здійснюється за заявою особи, що має свідоцтво про право на заняття нотаріальною діяльністю, причому відмова у реєстрації приватної нотаріальної діяльності не допускається [1].

Так, наприклад, Фурса С.Я., погоджуючись з тим, що нотаріальна діяльність зумовлена виконанням функцій держави, вважає недоцільним надавати нотаріусам право діяти від імені держави і особливо це стосується приватних нотаріусів [8].

Обґрунтовує вона свою думку, зокрема, тим, що це означало б зрівняти статус судді і нотаріуса, але їм властиві різні функції та повноваження. В цьому разі, при порушенні нотаріусом прав громадян — позов можна буде звертати проти держави. Сама процедура перегляду законності посвідченої від імені держави угоди буде деякою мірою некоректна. А також у такому разі необхідно визнавати приватних нотаріусів державними службовцями, що неможливо через відсутність у них трудових відносин з державою. Крім того, суддя не несе особистої матеріальної відповідальності за наслідки своєї діяльності, а приватний нотаріус має відповідати за завдану шкоду.

Можна погодитись, що при правильному визначенні статусу приватного нотаріуса найбільш значним є такі два аспекти:

— приватний нотаріус здійснює свою діяльність від імені держави, яка делегує йому спеціальні повноваження і наділяє його певним обсягом прав та обов'язків; при цьому приватний нотаріус не перебуває у штаті державного апарату, а організовує свою діяльність самостійно: орендує або набуває права власності на приміщення, наймає та оплачує працю робітників, техніку та інше обладнання;

— приватний нотаріус, не отримуючи заробітної платні з бюджету, за вчинення нотаріальних дій стягує платню, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом і громадянином або представником юридичної особи.

Подібна організація діяльності приватного нотаріуса за своїми зовнішніми ознаками має багато спільного з підприємницькою діяльністю. Однак, за жодних умов, вона не може бути визнана підприємницькою, спрямованою на отримання прибутку.

Це твердження врегульовано законодавчо відповідно до Указу Президента України від 26 березня 2009 року, яким визнано Указ Президента України від 23 серпня 1998 р. таким, що втратив чинність, саме в частині, що нотаріальна діяльність не може бути визнана підприємницькою [9].

Також, відповідно до ст. 3 Закону, нотаріус не може займатися підприємницькою діяльністю, тобто нотаріальну діяльність не можна порівнювати з підприємницькою.

Згідно з ч. 3 ст. 1 Закону, документи, що оформлюють державними і приватними нотаріусами, мають однакову юридичну силу. Це, можна сказати, свідчить про те, що за юридичним характером, за своєю сутністю діяльність приватнопрактикуючого нотаріуса нічим не відрізняється від діяльності державного нотаріуса.

Існує думка серед науковців, що зрівняння обсягу повноважень нотаріусів при вчиненні ними нотаріальних дій знищило монополію держави на нотаріальні дії, що вчинюються від імені держави і мають державно-публічний характер [10, с. 13].

Але, говорити про це неправомірно, оскільки нотаріальні дії завжди вчинюються від імені держави і мають державно-публічний характер. Тільки цим забезпечується виконання нотаріальних функцій, і тільки це є гарантом доказової сили нотаріальних документів. Для того щоб акти приватнопрактикуючого нотаріуса мали силу офіційних, держава повинна наділити його певними повноваженнями, що в сукупності складають компетенцію нотаріуса.

Отже, враховуючи вищевикладене, проаналізувавши доводи деяких правників, щодо встановлення правового статусу нотаріуса в Україні, можна зробити висновок, що нотаріус не може вважатись посадовою чи службовою особою, тому що правовий статус нотаріуса включає в себе:

— врегульоване нормами законодавства України положення і призначення нотаріуса в системі суспільних відносин і умови його діяльності як особливого суб'єкта (елемента) цієї системи і порядок взаємодії з іншими її суб'єктами;

— його значення для суспільства з точки зору ефективності виконання покладених на нього соціальних завдань і функцій.

Висновки. Таким чином, правовий статус нотаріуса в Україні реалізується через надані йому законом повноваження (права і обов'язки), а також правові гарантії: його незалежної професійної діяльності; публічного визнання юридичних актів, посвідчених нотаріусом та порядку взаємодії з іншими суб'єктами суспільних відносин.

Література:

1. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993р. // ВВР. — 1993. — № 39. — ст. 383.
2. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993р. // ВВР. — 1993. — № 52. — ст. 490.
3. Про судову практику у справах про перевизначення влади або службових повноважень: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003р. // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 2.
4. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // ВВР. — 2001. — № 25.
5. Нотаріат в Україні: Підруч. / за ред. В. В Комарова. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 320 с.
6. Гулевська Г.Ю. Дуалізм правового статусу приватного нотаріуса в умовах реформування засад державного управління нотаріатом в Україні // Підприємство, господарство та право. — 2004. — № 1. — С. 20—24.
7. Про затвердження форм реєстрів для реєстрації нотаріальних дій, нотаріальних свідоцтв, посвідчувальних написів на правочинах і засвідчуваних документах: Наказ Міністерства юстиції України від 10.01.2005 р. // <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0017-05>.
8. Фурса С.Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: Дис. ... докт. юрид. наук. — К.: УКРІНТЕІ, 2003.
9. Про визнання Указу Президента України від 23 серпня 1998 р. таким, що втратив чинність: Указ Президента від 26 березня 2009 р. // <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=70%2F99>.
10. Єфіменко Л.В. Організація та діяльність нотаріату як сфера законодавчого регулювання // Нотаріат для вас. — 2009. — № 6. — С. 13-14.

Ильина Ю.П. Некоторые вопросы, которые возникают при определении правового статуса нотариуса

Аннотация. В науке гражданского права Украины особое место занимает нотариат. Правовой статус нотариуса на сегодняшний день четко не определен, он объединяет в себе публично-правовой и частноправовой аспекты.

Ключевые слова: Нотариат, государственный нотариус, публично-правовой статус нотариуса, частнопрактикующий нотариус, частноправовой статус нотариуса.

Iliina Y.P. Some question arising at definition of legal status of the notary in Ukraine

Summary. In science of civil law of Ukraine the special place is occupied by notariat. The legal status of a notary for today is not clearly defined, it combines public law and private law aspects.

Key words: Notary, notary public, the public and legal status of the notary-employed lawyer, private status of the notary.

*Клім С.І.,
здобувач кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»*

ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ ДО ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО МАЮТЬ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ ХАРАКТЕР

Анотація. Стаття присвячена визначенню правових підстав застосування аналогії закону до цивільних правовідносин, що мають публічно-правову природу. Робиться висновок, що аналогія закону у відносинах державної та комунальної власності, патентних відносинах застосовується на підставі статті 9 КАСУ.

Ключові слова: прогалина, аналогія закону, цивільні правовідносини.

Постановка проблеми. Принцип законності в діяльності правозастосовчих органів вимагає під час розгляду цивільних правовідносин, правове регулювання яких є неповним, дотримання умов застосування аналогії закону, але на сьогоднішній день як в доктрині, так і в практиці існує неоднозначний підхід до їх виділення, що обумовлене, по-перше, відсутністю теоретичних доробок, по-друге, законодавчою невизначеністю меж допустимості застосування аналогії закону, внаслідок чого перед судовими органами повсякчас постає не встановлене доктриною питання щодо правових підстав застосування аналогії закону до цивільних правовідносин, що мають публічно-правову природу.

Аналіз останніх досліджень. Деякі положення стосовно умов застосування аналогії закону можна знайти в дослідженнях А.Т. Боннера, Л.Є. Кузнецової, В.А. Божок, Л.В. Мелех, Р. Майданник та ін., але, на жаль, дані доробки або втратили свою актуальність через плін часу, або є достатньо поверхневими, у зв'язку з чим, **метою** даної статті є визначення можливості застосування аналогії закону у цивільних правовідносинах, що мають у своїй природі елемент публічності.

Виклад основних положень. Певні відносини, незважаючи на те, що вони регламентуються Цивільним кодексом України і вважаються цивільно-правовими, вирізняються своєю правовою природою і за своєю сутністю є не приватно-правовими, а носять публічно-правовий характер. Наприклад, відносини, що виникають з приводу державної та комунальної власності. Право власності в суб'єктивному значенні — це передбачене і гарантоване законом право конкретного

суб'єкта-власника (громадянина, колективного утворення, держави) здійснювати володіння, користування, розпорядження та інші можливі правомочності щодо належного йому майна на свій розсуд і з будь-якою метою, якщо інше не передбачено законом [1, с. 180]. Головною характеристикою власності є не річ і не відношення людей до речей, а те, ким і як привласнюється річ, як таке привласнення зачіпає інтереси інших людей. Відповідно, власність виражає відносини між людьми з приводу привласнення речей [2, с. 96]. С. Юрій вважає, що важливо розрізняти функціональні особливості власника, які виступають у вигляді: власника-власника, власника-користувача, власника-розпорядника, особливо в тих випадках, коли ці елементи відносин власності представлені різними фундаторами [3, с. 4]. Згідно із Законом України «Про управління об'єктами державної власності» зміст управління об'єктами державної власності полягає у здійсненні Кабінетом Міністрів України (уповноваженими ним органами, іншими суб'єктами) повноважень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних із володінням, користуванням і розпорядженням ними з метою задоволення державних та суспільних потреб. До решти суб'єктів входять: Фонд державного майна України; міністерства та органи виконавчої влади; державні господарські структури; юридичні та фізичні особи, уповноважені на виконання функцій управління корпоративними правами; Національна академія наук України та галузеві академії. Компетенція кожного державного органу чітко виписана в адміністративно-правових нормах вказаного Закону [5]. Суб'єктами комунальної власності згідно зі статтею 60 Закону України «Про місцеве самоврядування» є територіальна громада та створені нею органи місцевого самоврядування [6]. Зазначені суб'єкти права державної та комунальної власності здійснюють належні їм повноваження через правовий інститут управління. Правомочності власника держава та територіальна громада здійснює шляхом надання майна юридичним особам публічного права та органам місцевого самоврядування на праві повного

господарського відання або оперативного управління. Відповідно при реалізації правомочності розпорядження майном відповідний орган має пройти дозвільну процедуру, що свідчить про наявність публічного елементу в інституті державної та комунальної власності. Наприклад, державні підприємства мають право виступати орендодавцями тільки щодо окремого, індивідуально визначеного майна, а для того, щоб підприємство мало право передати в оренду цілісний майновий комплекс, його структурний підрозділ або нерухоме майно (будівлю, споруду, приміщення), воно (підприємство) повинно одержати дозвіл Фонду державного майна України, його регіонального відділення, представництва; а якщо майно перебуває у власності Автономної Республіки Крим або у комунальній власності, то такий дозвіл може бути наданий органом, зазначеним в абзаці 3 ст. 5 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [7]. Аналіз судової практики засвідчує протиправність відмови органів державної влади у вирішенні конкретного питання з мотиву відсутності законодавства. Так, Хмельницький окружний адміністративний суд 02 березня 2010 року виніс постанову по справі № 2-а-9646/09/2270/8, предметом розгляду якої була вимога позивача щодо визнання протиправною відмови та зобов'язання вчинити дії з надання дозволу на передачу в оренду земельної ділянки водного фонду (ставка) для риборозведення на території Хоровецької сільської ради Славутського району. Відповідач відмовив позивачу у наданні в оренду земельної ділянки у зв'язку з відсутністю законодавчої регламентації порядку проведення аукціонів земельних ділянок. Суд в мотивувальній частині постанови зазначив, що відмова у вирішенні справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, забороняється та наголосив на необхідності застосування аналогії закону Славутській райдержадміністрації для вирішення даного питання, зокрема статті 124 Земельного кодексу України, яка передбачає передачу в оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності за результатами проведення земельних торгів [8]. Іншим проявом публічності у інституті державної власності є неможливість перебування у приватній або комунальній власності об'єктів, вилучених з цивільного обігу. Вилученими з цивільного обороту вважаються об'єкти, які не можуть бути предметом угод та іншим чином переходити від одного суб'єкта до іншого в межах цивільного обороту. Наприклад, відповідно до ст. 9 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» ядерні матеріали перебувають

виключно у державній власності [9]; згідно із Законом України «Про природно-заповідний фонд» території природних заповідників є власністю народу України [10]. Речі, вилучені з цивільного обігу, не є об'єктами цивільних правовідносин, внаслідок чого здійснення права держави з використання таких речей, розпорядження ними тощо не є сферою дії приватного (цивільного) права. Здійснюючи такі дії, держава виступає як суб'єкт владних відносин, у зв'язку з чим ці відносини є сферою дії публічного права з усіма наслідками цього (метод впливу на учасників, принципи, засоби захисту тощо) [11, с. 154]. Разом з тим, відносини з приводу державної та комунальної власності включені у регламентацію Цивільного кодексу України, у зв'язку з чим постає питання: чи може застосовуватись аналогія закону у випадку наявності прогалини у правовому регулюванні відносин власності з публічними характеристиками. Зауважимо, що дане питання є нагальним, оскільки пропуски законодавства відносно права державної та комунальної власності все частіше проявляються під час його застосування. Так, хоча Закон України «Про приватизацію державного майна» регламентує приватизацію як державного майна, так і об'єктів права комунальної власності, в той же час, відчуження об'єктів державної власності як і комунальної може здійснюватись за процедурами та у спосіб відмінний від приватизації [12, с. 100]. Якщо способи відчуження державної власності більш-менш регламентовані законодавством, зокрема відповідно до пункту 18 ст. 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» Кабінетом Міністрів України постановою від 06.06.2007р. №803 затверджено Порядок відчуження об'єктів державної власності, яким визначено процедури та способи відчуження об'єктів державної власності [13], то з приводу комунальної власності правотворець не висловив своєї позиції, внаслідок чого утворилась прогалина. Якщо керуватись статтею 8 ЦК України, то можна було б застосувати аналогію закону та з метою врегулювання відносин з приводу відчуження комунальної власності застосувати постанову Кабінету Міністрів України №803, але як вже було зазначено дані відносини відносяться до сфери публічного права та регламентуються здебільшого нормами адміністративного права, що унеможливує застосування норми Цивільного кодексу України щодо аналогії. Вважаємо, що аналогія закону в таких випадках має застосовуватись, але підставою для цього буде частина 7 статті 9 КАС, яка закріплює наступне: у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні

правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права) [14]. Аналіз зазначеної статті дає змогу говорити, що у сфері публічного права суб'єктом застосування аналогії закону виступає тільки суд, що зумовлене імперативним методом регулювання, інші ж правозастосовчі органи можуть використовувати лише свої дискреційні повноваження. Отже, до відносин, що включені Цивільним кодексом України до цивільно-правових, але які характеризуються адміністративно-правовим режимом правового регулювання, застосування аналогії закону є можливим, але підставою для цього буде відповідна норма Кодексу адміністративного судочинства. Публічні начала у цивільних правовідносинах можуть проявлятися і у підпорядкуванні одних суб'єктів іншим, що загалом суперечить диспозитивному методу правового регулювання та проявляє імперативний метод правового регулювання цивільних правовідносин. Наприклад, Цивільний кодекс України в главі 39 визначає правове регулювання права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель та промисловий зразок, зокрема стаття 462 ЦК України закріплює посвідчення набуття права інтелектуальної власності на зазначені об'єкти патентом. Сама процедура отримання патенту є адміністративно-правовою. Особа, яка бажає отримати охоронний документ має подати до Державного департаменту інтелектуальної власності заявку, на підставі якої за висновками експертизи видається патент. Адміністративно-правова охорона промислової власності, на думку Є.В. Юркової, полягає в тому, що суб'єкт публічної адміністрації — державний департамент інтелектуальної власності, за визначеними адміністративними процедурами видає автору об'єкту промислової власності охоронний документ — патент [15]. У зв'язку із зазначеним, погоджуємось із думкою О.І. Харитонової, яка зазначає, що цивільні правовідносини інтелектуальної власності можна поділити на регулятивні (диспозитивні), охоронні (імперативні) та організаційні правовідносини інтелектуальної власності [16, с. 95]. Відповідно підставою застосування аналогії закону до регулятивних правовідносин буде стаття 8 ЦК України, в той час як для охоронних — стаття 9 КАС України.

На жаль, доводиться констатувати, що в рамках адміністративного судочинства деякі суди посилаються на нормативне положення Цивільного кодексу України стосовно аналогії при вирішенні справ, що мають суто публічно-правовий характер. Наприклад, Окружний адміністративний суд м. Києва під час розгляду справи № 2/573 24 червня 2010 року при вирішенні питання

стосовно оподаткування набуття права власності за рішенням суду послався на статтю 8 Цивільного кодексу України та вирішив застосувати за аналогією закону пункт 7.9.5. Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств», який передбачає порядок оподаткування набуття права власності внаслідок реалізації заставленого майна, мотивуючи це відсутністю законодавства, яке б регулювало дане питання [17].

Іншим прикладом співіснування приватних та публічних начал у цивільно-правових відносинах є відносини представництва. Оскільки представництво осіб може здійснюватися на підставі договору або адміністративного акту, закону, можна говорити про добровільне та обов'язкове представництво. Зазначимо, що саме у обов'язковому представництві проявляється імперативний метод правового регулювання, який обумовлюється, по-перше, підставами виникнення представництва, по-друге, порушенням такої ознаки диспозитивного методу як вільне волевиявлення, оскільки особа, яку представляють за законом може бути або недієздатною, або обмежено дієздатною, по-третє, чітко визначеними рамками можливих дій представника.

Необхідно підкреслити, що на практиці виникають труднощі з відмежуванням цивільних відносин від інших видів відносин, що породжує плутанину та винесення незаконних рішень.

Так, Товариство з обмеженою відповідальністю «Підприємство енергетичного постачання «Горенерго» звернулось до господарського суду Донецької області з позовом до Комунального підприємства «Бюро технічної інвентаризації» про визнання за ним права власності на допоміжні приміщення, а саме: сходові клітки та сходові марші. Позовні вимоги обґрунтовані тим, що Товариство з обмеженою відповідальністю «Підприємство енергетичного постачання «Горенерго» є власником всіх нежитлових приміщень, що знаходяться в будівлі за тією ж адресою, що й предмет спору. Виходячи з цього і враховуючи частину 2 ст. 10 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», яка підлягає застосуванню на підставі частини 2 ст. 8 Цивільного кодексу України (аналогія закону), позивач вважає власником і допоміжних приміщень, зокрема, сходових кліток та сходових марші. Однак, Комунальне підприємство «Бюро технічної інвентаризації» відмовляється оформити права власності на вказані допоміжні приміщення, що, на думку позивача, свідчить про те, що реєструючий орган не визнає його право власності. Задовольняючи позовні вимоги, суд першої інстанції погодився з доводами позову. Але апеляційна інстанція вирішила, що судом першої інстанції неправильно застосовані норми матеріального права, про що свідчить

наступне. Суд першої інстанції не мав підстав для застосування до спірних правовідносин аналогії закону, зокрема, положень Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку». У відповідності до частини 1 ст. 8 Цивільного кодексу України аналогія закону застосовується у випадках, коли ті чи інші відносини не врегульовані цим Кодексом або іншими актами цивільного законодавства. Між тим, правовідносини приватизації, про які йдеться у даній справі врегульовані відповідними законодавчими актами, які є складовою частиною цивільного законодавства. Крім того, за аналогією закону можуть застосовуватись лише акти цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні правовідносини. Проте, приватизаційне законодавство та законодавчі акти, на які посилається позивач і суд першої інстанції, регулюють різні за змістом та суб'єктним складом учасників правовідносини, що виключає застосування аналогії.

На підставі викладеного, апеляційна інстанція скасувала рішення №32/166пн місцевого господарського суду [18]. Аналіз рішення апеляційної інстанції та рішення місцевого господарського суду приводить до наступних висновків: відносини, що склались між Товариством з обмеженою відповідальністю «Підприємство енергетичного постачання «Горенерго» та Комунальним підприємством «Бюро технічної інвентаризації», з оформлення права власності на сходові клітки та сходові марші мають адміністративний характер, а не цивільний, що пояснюється, по-перше, характером діяльності (оформлення права власності в адміністративному порядку), — зміст даних правовідносин; суб'єктним складом, — Комунальне підприємство «Бюро технічної інвентаризації» та Товариство з обмеженою відповідальністю «Підприємство енергетичного постачання «Горенерго». Стаття 169 Цивільного кодексу України зазначає, що територіальні громади (в даному випадку в особі комунального підприємства) діють у *цивільних відносинах* на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Як вже було вказано, цивільними правовідносинами є майнові та особисті немайнові відносини, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленню, майновій самостійності їх учасників, що для даних відносин не є характерним. Виходячи з цього, констатуємо відсутність можливості застосування аналогії закону з посиленням на ст. 8 Цивільного кодексу України у зв'язку з тим, що відносини по оформленню права власності Комунальним підприємством «Бюро технічної інвентаризації» не є цивільно-правовими.

У якості орієнтиру визначення публічно-правових начал у цивільно-правових відносинах можуть слугувати Рішення Європейського суду з

прав людини. Так, у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України», суть якої зводилась до вимоги Ю.М. Іванова з виплати вихідної допомоги Збройними силами України при виході на пенсію та грошової компенсації за неотримане речове майно, Уряд доводив, що пункт 1 статті 6 Конвенції незастосовний *ratione materiae* до провадження у справі про компенсацію за військову форму, яку заявник був зобов'язаний носити під час виконання ним своїх службових обов'язків. На думку Уряду, призначення такої компенсації мало публічно-правовий характер і не визначало прав і обов'язків приватно-правового характеру. Посилаючись на такі самі аргументи, Уряд стверджував, що не було ніякого втручання у право заявника на мирне володіння своїм майном у значенні статті 1 Першого протоколу. Суд при вирішенні цього питання зауважив, що пункт 1 статті 6 Конвенції та стаття 1 Першого протоколу застосовні у справах, які стосуються вимог компенсації за військову форму, оскільки в таких справах йдеться про право на компенсацію за військову форму, а не — як вважає Уряд — про право власності на військову форму; що на час подій у тих справах заявники вже звільнилися з державної служби і мали можливість звернутися до суду згідно з національним законодавством; і що заборгованість за судовим рішенням становить майно (*possession*) для цілей статті 1 Першого протоколу [19]. Аналогічну мотивацію суд висловив і у справах «Войтенко проти України» [20] (*Voytenko v. Ukraine*), № 18966/02, пп. 51–54, від 29 червня 2004 року; «Перетятко проти України» [21] (*Peretyatko v. Ukraine*), № 37758/05, п. 16, від 27 листопада 2008 року). Виходячи з позиції Європейського суду з прав людини, публічне право буде мати місце у випадку, якщо органи державної влади виконують у відносинах свої владні повноваження (у зазначених справах Збройні сили України виступали як боржник за борговим зобов'язанням). В іншому разі такі відносини будуть приватними, — наприклад, коли державний орган чи орган місцевого самоврядування вступає у цивільні відносини лише задля реалізації своїх цивільних прав як юридичної особи [21, с. 145].

Висновки. Таким чином, правовою підставою застосування аналогії закону до цивільних правовідносин, що мають публічно правову природу (наприклад, відносини державної та комунальної власності, патентні відносини), є стаття 9 Кодексу адміністративного судочинства України, що обумовлено закріпленням у статті 8 Цивільного кодексу України законодавцем серед умов застосування аналогії закону необхідність входження суспільних відносин у сферу правового регулювання цивільного права.

Література:

1. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 864 с.
2. Процків О. Комунальна власність: особливості, проблеми та пріоритети реалізації управлінських рішень // Галицький економічний вісник. — 2010. — №2(27). — С. 96-102.
3. Юрій С. Еволюція власності в умовах становлення ринкових структур // Вісник економічної науки України. — 2008. — № 2 (14). — С. 3—6.
4. Закон України “Про управління об’єктами державної власності” від 21.09.2006 р. № 185-V // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
5. Закон України «Про місцеве самоврядування» // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — ст.170.
6. Закон України «Про оренду державного та комунального майна» № 2270-ХІІ від 10.04.92р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 30. — ст.416.
7. Постанова Хмельницького окружного адміністративного суду від 02 березня 2010 року по справі № 2-а-9646/09/2270/8 // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>
8. Закон України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» № 40/95-ВР від 08.02.95р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 12. — ст.81.
9. Закон України «Про природно-заповідний фонд» № 2457-ХІІ від 16.06.92р. // Відомості Верховної Ради України . — 1992. — № 34. — ст.502
10. Цивільне право України: підручник / Є.О. Харитонов, Н.О. Саніахметова. — К., 2003. — 776с.
11. Процків О. Комунальна власність: особливості, проблеми та пріоритети реалізації управлінських рішень // Галицький економічний вісник. — 2010. — №2(27). — С. 96-102.
12. Постанова Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 р. №803 «Порядок відчуження об’єктів державної власності» // Офіційний вісник України. — 2007. — № 43. — ст. 1734.
13. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України . — 2005. — № 35-36, № 37. — ст.446
14. Юркова Є.В. Проблеми адміністративно-правової охорони об’єктів промислової власності // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. — 2010. — Вип. 156. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.pbuv.gov.ua>
15. Харитонova О.І. Щодо класифікації цивільних правовідносин інтелектуальної власності // Південноукраїнський правничий часопис. — 2010. — № 2. — С. 94-95 .
16. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 24 червня 2010 р. по справі № 2/573. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>
17. Постанова Донецького апеляційного суду по справі № 32/166пн від 02.02.2009р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>
18. Справа «Юрій Миколайович Іванов проти України» № 40450/04, 5 жовтня 2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua>
19. Справа «Войтенко проти України» № 18966/02, 29 червня 2004 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua>

20. Справа «Перетятко проти України» № 37758/05, 27 листопада 2008 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua>

21. Банчук О. Підстави розмежування публічного та приватного права України // Публічне право. — 2011. — №2. — С.143-151.

Клим С.И. Применение аналогии закона к гражданско-правовым отношениям, которые имеют публично-правовой характер

Аннотация. Статья посвящена определению правовых оснований применения аналогии закона к гражданским правоотношениям, которые имеют публично-правовую природу. Делается вывод о том, что аналогия закона в отношениях государственной и коммунальной собственности, патентных отношениях применяется на основании статьи 9 КАСУ.

Ключевые слова: пробел, аналогия закона, гражданские правоотношения.

Klim S.I. The use of analogy of law to civil law relations, which have a public nature

Summary. This paper is devoted to determining the legal basis of the analogy of the law to civil relations, which have a public law nature. It is concluded that the analogy of the law in the relationship of state and communal property, patent relations applied on the basis of Article 9 KAFU.

Key words: Space, the analogy of law, civil legal relationships.

*Голоядова Т.О.,
к.ю.н., доцент кафедри конституційного права та державного управління
Міжнародного гуманітарного університету*

АДМІНІСТРАТИВНІ ЗАХОДИ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ В СИСТЕМІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ

Анотація. У статті досліджуються питання щодо місця адміністративних заходів процесуально-забезпечувального характеру в системі заходів адміністративного примусу, їх особливості та види.

Ключові слова: адміністративні заходи процесуально-забезпечувального характеру, адміністративний примус.

Постановка проблеми. Особливої уваги сьогодні потребує до себе група заходів примусу, які передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП) та застосовуються для забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення. Слід зазначити, що в цій сфері існують не тільки теоретичні проблеми (визначення місця цих заходів в системі заходів адміністративного примусу, їх класифікація за різними критеріями, визначення ознак тощо), а й проблеми практично-прикладного характеру. Так слід констатувати, що законодавець іноді не регламентує підстави та умови застосування того чи іншого заходу адміністративно-процесуального примусу, не чітко закріплює в КУпАП вимоги до оформлення рішень щодо застосування таких заходів примусу та ін.

Аналіз останніх досліджень. Як правове явище «адміністративний примус» досліджувався в різних аспектах у працях радянських вчених, вчених-адміністративістів Росії і України: В.Б. Авер'янова, А.Б. Агапова, С.С. Алексеєва, О.М. Бандурки, Д.М. Бахраха, Е.О. Безсмертного, К.С. Бельського, Ю.П. Бітяка, О.І. Галагана, Є.С. Герасименко, Е.В. Додіна, М.І. Єропкина, О.Т. Зими, В.В. Іванова, А.В. Ковалюк, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюка, Д.А. Липинського, Д.М. Лук'янця, М.С. Малєйна, М.Я. Масленникова, Р.С. Мельник, О.І. Миколенко, Н.Р. Ніжник, Д.М. Овсянко, Л.М. Розіна, Н.Г. Салішевої, О.Ф. Скакун, В.Д. Сорокіна, О.В. Сурілова, С.В. Тихомирова, В.П. Чабан та інших. Разом з тим, праці вчених були присвячені в одних випадках ознакам адміністративного примусу, в других — класифікації заходів адміністративного примусу, а в третіх — особливостям застосування певного виду заходів адміністративного

примусу на передбачених законом підставах. Лише інколи в юридичній літературі розглядалися та обґрунтовувалась доцільність існування адміністративних заходів процесуально-забезпечувального характеру — Г.В. Грянка, О.І. Миколенко, Л.М. Розін.

Метою написання статті є аналіз місця адміністративних заходів процесуально-забезпечувального характеру в системі заходів адміністративного примусу.

Виклад основних положень. Сьогодні велика кількість наукових праць присвячена особливостям та видам заходів адміністративного примусу. Це свідчить про підвищений інтерес вчених України до даної тематики. Однак єдності думок серед науковців щодо змісту заходів адміністративного примусу не спостерігається. Пояснюється це наступними причинами:

по-перше, так до кінця і не визначилися представники адміністративного права з тим, що є основною ознакою адміністративного примусу — 1) його зв'язок з порушенням норм права чи 2) тимчасове обмеження прав і свобод особи? Відповідь на поставлене питання вирішує долю, так званих, «заходів попередження», які обмежують права особи, але не пов'язані з вчиненням протиправних дій;

по-друге, поки що не існує чіткого розмежування між наукою адміністративного права та наукою адміністративного процесуального права (про це яскраво свідчить і назва спеціальності 12.00.07. — адміністративне право і процес, фінансове право; інформаційне право). Це призвело до того, що традиційна класифікація заходів адміністративного примусу на заходи попередження, заходи припинення та адміністративні стягнення ігнорувала існування самостійної групи заходів — заходів адміністративно-процесуального характеру. Вони довгий час розглядалися (і досі розглядаються) в юридичній літературі лише як різновид заходів припинення. Це негативно вплинуло на розвиток даних заходів примусу та позначилося на рівні їх правового забезпечення;

по-третє, не до кінця вирішеним залишається питання про те, з чим слід пов'язувати зміст поняття „адміністративний примус» — з галузевою

приналежністю чи виходити зі змісту поняття «адміністративний», тобто «управлінський». Теж стосується і поняття «адміністративно-процесуальний примус» — його слід пов'язувати тільки з адміністративним судочинством чи включати до його змісту і інші заходи примусу, що використовуються, наприклад, в провадженні в справах про адміністративні правопорушення, в виконавчому провадженні тощо.

Аналіз висловлених в юридичній літературі думок вчених дає можливість визначитись з основними ознаками, які характеризують адміністративний примус.

Заходи адміністративного примусу застосовуються, по-перше, як крайній засіб забезпечення і охорони правопорядку та пов'язані з притягненням винних осіб до адміністративної відповідальності, і, по-друге, як заходи, направлені на попередження і припинення можливих або вчинюваних правопорушень чи шкідливих наслідків для держави, суспільства і окремих громадян.

Застосування заходів адміністративного примусу віднесене до компетенції широкого кола органів (посадових осіб), де особливе місце займають органи державної виконавчої влади. Однак заходи адміністративного примусу застосовуються і виконавчими органами місцевого самоврядування (наприклад, адміністративними комісіями), а також судьями місцевих судів. Необхідно відзначити, що для заходів адміністративного примусу розповсюдженим є несудовий порядок застосування.

Заходи адміністративного примусу застосовуються до третіх осіб, тобто до тих, хто не знаходиться в безпосередньому підпорядкуванні і не зв'язаний службовими відношеннями з органами, що наділені владними повноваженнями. Заходи адміністративного примусу застосовуються не тільки по відношенню до громадян, а й організацій.

Заходи адміністративного примусу застосовуються з метою: а) попередження можливих правопорушень і шкідливих наслідків катастроф, стихійних лих, аварій і т.п.; б) припинення вже початого адміністративного проступку і інших порушень; в) покарання особи, що вчинила адміністративний проступок; г) забезпечення адміністративного провадження (наприклад, провадження в справах про адміністративні правопорушення); д) відшкодування заподіяної майнової шкоди та відновлення положення речей, що існувало до порушення [1, с. 6].

Порядок застосування заходів адміністративного примусу регулюється, як правило, нормами адміністративного права, що містяться в законах і підзаконних актах України. Недоліками правового регулювання заходів адміністративного примусу є: розрізненість нормативного матеріалу в чинному

законодавстві; наявність протиріч і прогалин в законодавстві, а також закріплення процесуального порядку їхнього застосування на рівні підзаконних актів.

Заходи адміністративного примусу пов'язані з обмеженням прав і свобод громадян і організацій у випадках, безпосередньо передбачених чинним законодавством України.

Аналіз ознак правового примусу та безпосередньо адміністративно-правового примусу дає можливість дати наступне його визначення. Адміністративно-правовий примус — це особливий вид державного примусу, який є встановленою нормами адміністративного права системою заходів психологічного, фізичного і організаційного впливу, що застосовуються, по-перше, до осіб, які чинять чи вчинили порушення норм права, по-друге, до інших осіб з метою попередження можливого правопорушення або попередження можливих шкідливих наслідків для держави, суспільства і окремих громадян, по-третє, у зв'язку з забезпеченням провадження по адміністративній справі.

В науці адміністративного права існує ще одна, до кінця не вирішена проблема, що стосується адміністративного примусу — це класифікація заходів адміністративного примусу. Класифікація цих заходів має величезне теоретичне і практичне значення. Наявність такої класифікації необхідно, по-перше, для усвідомлення суті різноманітних заходів примусу, що застосовуються в рамках державного управління, їхніх підстав і цілей застосування; по-друге, для більш якісного правового регулювання і, як результат, якісного і ефективного правозастосування; по-третє, для подальшого розвитку даного інституту адміністративного права.

Сьогодні існує велика кількість наукових робіт, присвячених особливостям заходів адміністративного примусу та їх класифікації, однак єдності думок вчених у вирішенні цього питання не спостерігається.

Так, одні автори ділять заходи адміністративного примусу на: а) заходи адміністративного попередження; б) запобіжні заходи; в) адміністративні стягнення [2, с. 111]. Інші автори, погоджуючись з основними положеннями запропонованої вище класифікації заходів адміністративного примусу, вважають, що третій вид заходів примусу коректніше називати заходами адміністративної відповідальності [1, с. 12-13] або заходами відповідальності за порушення адміністративно-правових приписів [3, с. 192].

Особливої точки зору в питанні класифікації заходів адміністративного примусу дотримується Д.М. Бахрах [4, с. 17-18], убачаючи,

що застосування заходів адміністративного примусу пов'язане тільки з вчиненням адміністративного проступку, він виключає з класифікації заходи адміністративного попередження і виділяє: а) заходи припинення; б) адміністративні стягнення і в) адміністративно-відновлювальні заходи (наприклад, відшкодування заподіяної майнової шкоди).

С.В. Тихомиров розрізняє три види заходів адміністративно-правового примусу: а) заходи адміністративного попередження; б) заходи забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення; в) заходи адміністративної відповідальності [5, с. 193].

На нашу думку, якщо за основу класифікації взяти мету застосування того чи іншого заходу примусу, то ці заходи можна поділити не на три (як це традиційно робиться в навчальній літературі), а на п'ять видів: 1) адміністративні стягнення, що застосовуються до осіб, вчинивших адміністративне правопорушення, з метою покарання правопорушника; 2) заходи адміністративного припинення, які використовуються для припинення протиправної поведінки особи; 3) заходи процесуально-забезпечувального характеру, які дають можливість встановити факт правопорушення, особу правопорушника, скласти документи, передбачені законом; 4) відновлювальні заходи, які призначені для поновлення порушеного правопорядку, прав громадян; 5) заходи адміністративного попередження, що застосовуються з метою попередження шкідливих наслідків для держави, суспільства та окремих громадян.

Висновки. Отже, серед заходів адміністративного примусу слід виділяти самостійну групу адміністративних заходів процесуально-забезпечувального характеру. Такий підхід дасть можливість: по-перше, чітко розмежувати між собою заходи примусу, що передбачаються матеріальними нормами адміністративного права, і заходи примусу, що регламентуються адміністративно-процесуальними нормами. Хоча слід констатувати, що і перші, і другі реалізуються за допомогою процедурних (процесуальних) норм; по-друге, зосередитись науковцям безпосередньо на проблемах застосування заходів процесуально-забезпечувального характеру, адже чинне законодавство не чітко, а іноді безвідповідально, закріплює вимоги щодо оформлення дій, пов'язаних з застосуванням заходів примусу, а також підстави і порядок їх застосування.

Література:

1. Миколенко А.И. Административный процесс и административная ответственность в Украине. Учебное пособие. — Харьков: «Одиссей», 2004. — 272с.
2. Битяк Ю.П., Зуй В.В. Административное право Украины (Общая часть). Учебное пособие. — Харьков: ООО «Одиссей», 1999. — 224с.
3. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Административне право України: Підручник. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 544с.
4. Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР. Учебное пособие. — Свердловск: Издательство Уральского университета, 1989. — 204 с.
5. Тихомиров С.В. Административное право Российской Федерации. Учебное пособие. — М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. — 608с.

Голядова Т.А. Административные меры процессуально-обеспечительного характера в системе административного принуждения

Аннотация. В статье исследуется вопрос об административных мерах процессуально-обеспечительного характера в системе мер административного принуждения, их особенности и виды.

Ключевые слова: административные меры процессуально-обеспечительного характера, административное принуждение.

Goloyadova T.A. Administrative measures protsesualno-protective measures in the system of administrative enforcement

Summary. The article highlights some questions about administrative methods in system of the measures of the administrative enforcement, their particularities and types

Key words: administrative measures remedially-obespechitelno character, administrative enforcement.

Ігнатенко В.І.,

*к.ю.н., доцент кафедри конституційного права та державного управління
Міжнародного гуманітарного університету*

ДЕЯКІ НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Анотація. У науковій статті розглядаються окремі положення Кодексу України про адміністративні правопорушення, які регулюють правовий стан учасників провадження в справах про адміністративні правопорушення та передбачають застосування до них деяких заходів адміністративно-процесуального забезпечення. Особливу увагу приділено нормам кодексу, які передбачають істотне обмеження прав і свобод громадян, є застарілими та не відповідають діючим положенням Конституції України та іншим законодавчим актам. Запропоновано шляхи вирішення окремих законодавчих недоліків та надано конкретні пропозиції щодо внесення змін до деяких положень кодексу.

Ключові слова: Кодекс України про адміністративні правопорушення, адміністративна відповідальність, учасники провадження, адміністративне правопорушення, права і свободи.

Постановка проблеми. Однією з найважливіших умов розвитку і становлення суверенної, незалежної, демократичної, правової держави є стабільна, діюча законодавча система. Система національного законодавства повинна відповідати, соціальному, культурному, політичному, економічному рівню суспільства, відповідати основному закону держави — Конституції України, виступати основним гарантом захисту прав і свобод громадянина, людини.

На сучасному етапі розбудови української держави необхідні кардинальні зміни в законодавчій сфері. Деякі законодавчі акти були запроваджені ще за часів існування СРСР, тому вони не здібні до ефективного, цілеспрямованого регулювання суспільних відносин, які складаються в різних сферах життєдіяльності людини та суспільства нашої держави в цілому.

Прикладом такого законодавчого акту є Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП), який діє ще з 1985 р. Необхідність вдосконалення окремих положень кодексу виникла, тому що багато норм діючого КУпАП безнадійно застаріли, не відповідають Конституції України та законодавству, яке відображує нові соціально-економічні реалії.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Зазначеній проблематиці в своїх багаточисленних наукових дослідженнях і публікаціях приділяли увагу такі вчені — адміністративісти, як Авер'янов В.Б., Бандурка О.М., Битяк Ю.П., Додін Є.В., Колпаков В.І., Коломоєць Т.О. Кузьменко О.В. та інші. Однак, нажаль, велика кількість проблемних питань на сьогоднішній день залишаються актуальними і до кінця не вирішеними.

Формулювання цілей. Метою наукового дослідження є розгляд окремих положень Кодексу України про адміністративні правопорушення, що передбачають істотне обмеження прав і свобод громадян, є за своїм змістом застарілими, не відповідають діючим положенням Конституції України і іншим законодавчим актам та пропозиціям шляхів вирішення окремих законодавчих недоліків з наданням конкретних пропозицій щодо внесення змін до зазначених положень кодексу.

Виклад основного матеріалу. Кодексом України про адміністративні правопорушення передбачені різні права учасників провадження по цим справам, обумовлені загальними конституційними правами громадян.

Безсумнівно, заслуговують схвалення такі положення Кодексу України про адміністративні правопорушення, як положення ст. 269 про закріплення прав потерпілого, як учасника провадження, ст. 271 про те, що в якості захисника по справі про адміністративне правопорушення може приймати участь не тільки адвокат, але і інша особа, а також деякі інші положення [2, 198-199].

Однак викликає занепокоєння те, що поруч з подібними положеннями в КУпАП є норми, що протирічать положенням Конституції України, порушують права і свободи громадян.

Розглянемо права та обов'язки потерпілого. Участь потерпілого у розгляді справи сприяє захисту його прав і свобод усіма незабороненими законом засобами (ст. 55 Конституції України), забезпечення змагальності та рівності сторін (ст. 129 Конституції України) [1, 22; 55]. При цьому потерпілому надано право давати пояснення. Таке право слід розуміти як право давати пояснення з особистої ініціативи, тому що в ст. 269 КУпАП

нічого не вказується про обов'язок потерпілого з'явитися за викликом суду, органу чи посадової особи, в провадженні якої знаходиться справа, та давати пояснення. Однак вказується, що потерпілий може бути опитаний відповідно до ст. 272 КУпАП як свідок. У даному разі він, як свідок, зобов'язаний з'явитися за викликом органу (посадової особи), у провадженні якого перебуває справа і повідомити все, що йому відомо по цій справі, відповісти на поставлені запитання [2, 198-199].

Можливість опитання потерпілого у якості свідка протирічить положенням Конституції України. З урахуванням положень ст. 63 Конституції України ніхто не зобов'язаний свідчити проти самого себе, тому вірогідна можливість відмови потерпілого від дачі показань у якості свідка. Все, що вважав потрібним, потерпілий вже виклав у раніше даних поясненнях, а нові відповіді у процесі його опитування як свідка можуть бути витлумачені не на його користь, що не тільки покращить становище особи, по відношенню до якої здійснюється провадження по справі, але і зменшить імовірність досягнення потерпілим своїх цілей [1, 24].

У цій ситуації відверто погіршено становище особи, по відношенню до якої здійснюється провадження по справі, тому що вона може давати пояснення лише у цій якості, у той же час потерпілий може давати як пояснення, так і може бути опитаний у якості свідка.

Аналізуючи питання дотримання конституційних прав громадян при провадженні в справах про адміністративні правопорушення, потрібно зупинитися ще на одній проблемі. Згідно ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні повинно здійснюватися виключно судами [1, 52].

Правосуддя нерідко визначається як діяльність суду. Але при такому вузькому розумінні терміну «правосуддя» це конституційне положення втрачає будь-який логічний зміст. Однак правосуддя розуміється і в широкому змісті, як судження, засноване на праві, як прийняття у відповідності з законодавством справедливого рішення по справі, спору. З урахуванням подібної інтерпретації цього терміну вказана конституційна вимога стає фундаментальним юридичним постулатом, положенням, яке, відображаючи принцип розподілу влади має велике значення для забезпечення прав і свобод громадян та юридичних осіб. Між тим, суб'єктами адміністративної юрисдикції на сьогоднішній день є біля п'ятдесяти позасудових органів. На наш погляд у даному питанні заслуговує на увагу думка вченого Коломійця Т.О., який стверджує, що зосереджувати всі юрисдикційні повноваження лише у адміністративних органів не є доречним.

На його думку, логічним убачається, поряд із судовим розглядом справ (так звані складні справи, розгляд яких вимагає наявності спеціальних правових знань тощо), передбачити можливість розгляду справ й органами виконавчої влади (виключивши існуючі на сьогоднішній день адміністративні комісії), тим самим зберігши особливу процесуальну властивість, завдяки наявності якої набуває особливого статусу правовий інститут «адміністративна відповідальність» [3, 27].

Безсумнівно, це питання вимагає самого серйозного дослідження і замовчувати дану проблему неприпустимо.

Важливе місце в справі охорони прав і законних інтересів громадян займають також заходи забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення, закріплені в КУпАП. Це наступні заходи: доставлення порушника; адміністративне затримання; особистий огляд, огляд речей; вилучення речей та документів, у тому числі посвідчення водія, ліцензійної картки на транспортний засіб; тимчасове затримання транспортного засобу; відсторонення водіїв від керування транспортними засобами відповідного виду; медичний огляд на стан сп'яніння. Деякі з перерахованих вище заходів обмежують і порушують права і законні інтереси громадян.

Так, на думку Тюріна В.А., доцільно в адміністративному законодавстві закріпити положення про те, що термін доставлення повинен зараховуватися в термін адміністративного затримання [4, 175-176].

Згідно КУпАП, доставлення повинно бути здійснене в максимально короткий термін. На нашу думку, з позиції захисту прав і законних інтересів особи в КУпАП, важливо закріпити хоча б приблизний термін доставлення, оскільки воно має самостійний процесуальний статус.

Крім цього, було б цілком логічно, якби у відповідних статтях КУпАП було чітко закріплене, що доставлення, адміністративне затримання, особистий огляд можуть застосовуватись тільки при скоєнні адміністративного правопорушення і ніякі інші доводи не можуть бути підставою для доставлення та адміністративного затримання — ні те, що в громадянина немає паспорта і необхідно встановити його особистість, ні те, що громадянин не тієї національності і т.д.

У ст. 261 КУпАП є положення про те, що в протоколі про адміністративне затримання повинні вказуватися дата і місце його складання, посада, прізвище й ініціали особи, що склала протокол, інформація про затриману особу, час, місце і мотиви затримання [2, 190]. Результати вивчення протоколів про адміністративне затримання показують, що багато співробітників міліції під мотивом

затримання розуміють або його підстави, або мету. Уявляється, що мотиви адміністративного затримання залежать як від його підстав, так і від його цілей. Під ними розуміються конкретні обставини, що обґрунтовують необхідність затримання у кожному конкретному випадку. Якщо підставою адміністративного затримання є скоєння протиправного діяння, то мотив затримання в основному визначається тими додатковими умовами, що диктують необхідність доставлення правопорушника у відповідний орган і його утримання. Представляється доцільним при документальному відображенні обставин адміністративного затримання вказувати саме його мотив, що буде сприяти більш точному і докладному фіксуванню всіх даних, пов'язаних із затриманням правопорушника.

І нарешті, самостійним запобіжним заходом, закріпленим в КУпАП, є привід. Слід зазначити, що законодавець не досить повно розкриває зміст даного запобіжного заходу, у зв'язку з чим представляється необхідним коротко зупинитися на його характеристиці.

Отже, привід як примусовий захід припиняє ухилення особи від явки по виклику до суду, органу внутрішніх справ. Привід здійснюється органом внутрішніх справ на підставі рішення судді, органу, посадової особи, що розглядають справу про адміністративне правопорушення.

З метою забезпечення прав і законних інтересів особи, підданої приводу, на наш погляд, у КУпАП було б цілком доцільно закріпити положення про те, що привід особи здійснюється на термін, необхідний для проведення відповідних процесуальних дій, заради яких, власне, він і здійснюється.

Для зміцнення адміністративно-правового статусу громадянина важливе значення має ідея КУпАП про те, що єдиним джерелом законодавства про адміністративну відповідальність (за аналогією з кримінальним законодавством) є закон (ст. 2 КУпАП) [2, 8]. Цим виключається можливість встановлення адміністративної відповідальності указами Президента України, актами різних державних органів виконавчої влади, рішеннями органів місцевого самоврядування. Підвищення рівня правового регулювання безумовно повинне сприяти посиленню гарантій прав громадян, притягнутих до адміністративної відповідальності.

Висновки. Проводячи послідовну роботу з удосконалення КУпАП, необхідно активніше пропагувати його значення як найважливішого правового документа, спрямованого на зміцнення законності в сфері застосування примусових заходів, на захист в однаковій мірі безпеки особистості, суспільства і держави, на забезпечення пріоритету прав і свобод громадянина.

На нашу думку, для досягнення цієї важливої мети також необхідно: підсилення ролі закону в регулюванні відносин, пов'язаних із притягненням винних осіб до адміністративної відповідальності; істотне підсилення процесуальних гарантій сторін, що беруть участь у провадженні по справах про адміністративні правопорушення; приведення діючого адміністративного законодавства у відповідність з Конституцією України, іншими законодавчими актами; ліквідація дублюючих норм адміністративного законодавства України та забезпечення єдності правового регулювання адміністративно-процесуальної діяльності.

Література:

1. Конституція України: чинне законодавство станом на 10 лютого 2011 р.: (Відповідає офіц. текстів). — К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. — 96 с.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення. — К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. — 220 с.
3. Проблеми систематизації законодавства України про адміністративні правопорушення // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції: У 2-х ч., 7-8 грудня 2006. Сімферополь, 2006 — Ч.1. — С. 174.
4. Административное и информационное право (состояние и перспективы развития) / М.М. Славин, Н.Ю. Хаманева, И.Л. Бачило // Академический правовой университет. — М.: 2003. — 307 с.

Игнатенко В.И. Некоторые направления усовершенствования отдельных положений Кодекса Украины об административных правонарушениях.

Аннотация. В научной статье рассматриваются отдельные положения Кодекса Украины об административных правонарушениях, которые регулируют правовое положение участников производства по делам об административных правонарушениях и предусматривают применение к ним некоторых мер административно-процессуального обеспечения. Особое внимание уделено нормам кодекса, которые предусматривают существенное ограничение прав и свобод граждан, являются устаревшими и не отвечают действующим положениям Конституции Украины и иным законодательным актам. Предложены пути решения отдельных законодательных недостатков и предоставлены конкретные предложения по внесению изменений в некоторые положения кодекса.

Ключевые слова: Кодекс Украины об административных правонарушениях, административная ответственность, участники производства, административное правонарушение, права и свободы.

Ignatenko V. I. Some directions of improvement of separate rules of the Code of Ukraine about administrative offences.

Summary. In scientific clause the separate rules of the Code of Ukraine about administrative offences are considered which adjust a legal rule of the participants of process on case about administrative offences and provide application to them of some measures administratively – remedial maintenance. Special attention is given norms of the code, which provide essential restriction of the rights and freedom of the citizens, are out – of – date and do not answer in force rules of the Constitution of Ukraine and other acts. The ways of the decision of separate legislative lacks are offered and the concrete offers on modification in some rules of the code are given.

Key words: The code of Ukraine about administrative offences, administrative responsibility, participants of process, administrative offence, right and freedom.

*Melnychenko N. O.,
lecturer of Department of Constitutional
Law and Public Administration of
International humanitarian university*

THE MAIN FEATURES OF FINNISH NATIONAL CULTURAL POLICY

Summary. This paper is devoted to analysis of cultural policy in Finland. Held a brief overview of the Finnish national legislation in the sphere of culture and the basic directions of cultural policy.

Key words: cultural policy, Finland, the legislation in the sphere of culture.

Cultural Policy is the area of public policy-making that governs activities related to the arts and culture. Generally, this involves fostering processes, legal classifications and institutions which promote cultural diversity and accessibility, as well as enhancing and promulgating the artistic, ethnic, sociolinguistic, literary and other expressions of all people – especially those of indigenous or broadly-representative cultural heritage. Cultural Policy is a public policy toward art and culture. In international level UNESCO is in charge of cultural policy. In national level the following agencies are responsible for cultural policy in each countries [1, p.5-25].

This article is addressed the question of culture and cultural policy of Finland.

There is no official national definition of culture in the Finnish cultural policy. However, as regards official cultural statistics, culture is defined both in a wider and a narrower sense.

In the narrower sense, the term “culture” covers first the arts, which means creative and performing arts, the work of individual artists and related branches of the culture industries (fiction publishing, feature film production, classical music recordings, and record industry, broadcasting, video and multimedia production) with sufficiently high level of cultural contents. Secondly this narrower definition covers the main domains of cultural services (public libraries and cultural programmes of adult education institutions) and cultural heritage (historical monuments and buildings, cultural sites, historical and art museums) and international cultural co-operation.

The wider definition includes all culture industries irrespective of contents, professional education in the arts and culture and all museums, scientific libraries and archives [2].

Finland has always been actively involved in the theoretical work carried out by international

organisations aimed at establishing a common definition of culture, which is considered a precondition for pursuing statistical harmonisation and comparability among the countries involved (action was undertaken first by UNESCO, through its *Framework for Cultural Statistics*, and subsequently by the EU, through the *Eurostat Working Group on Cultural statistics*) The definition that is approved by 190 countries, which have supported the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, is: “In its widest sense, culture may now be said to be the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group. It includes not only the arts and letters, but also modes of life, the fundamental rights of the human being, value systems, traditions and beliefs” [3].

The present Eurostat definition of the cultural sector, agreed upon by the Finnish government as well as by the other EU governments, covers the following domains: *heritage; archives; libraries; visual arts and architecture; performing arts; books and the press; cinema and the audiovisual sector* [4].

Culture is not only one of the institutions of social consciousness; it is a whole system of values that form the national identity, the unity of the state and exert influence on all spheres of the state and civil society. In a secular democratic state, culture has as its main objective the preservation of spiritual and moral orientations of the people, and thus plays a role in the formation of a national ideology. A strong cultural identity is the very foundation of a society’s ability to prosper, grow and adapt to changing global circumstances. Our culture defines our identity, enriches our lives and provides economic opportunities. It is a valuable asset, worthy of public support and investment. Culture is a strong measure of our quality of life, our vitality and the health of our society. Participation in cultural activities improves the quality of individual and community life, promotes social inclusion, raises self-esteem and expands people’s horizons [5, p.87-93].

Legislation and general principles governing education, science, cultural, sport and youth policies are determined by Parliament and the Finnish Government.

Within the Finnish Government, the Ministry of Education and Culture is responsible for developing educational, science, cultural, sport and youth policies and international cooperation in these fields. The Ministry creates favourable conditions for education, know-how, lifelong learning, creativity, civic participation, and well-being. The strategic key areas are equal opportunity in education and equal access to culture; educational, cultural and economic competitiveness; the population's intellectual and physical well-being; and social inclusion and participation. The values underlying this vast sector are civilization, welfare, democracy and creativity. As part of the Government, the Ministry of Education is responsible for developing education, science, cultural, sport and youth policies, and international cooperation in these fields. The Ministry promotes education and culture, creates favourable conditions for the production and diffusion of knowledge, for lifelong learning and creativity, for active citizenship and citizens' well-being [6, p. 25].

Finnish politicians and civil servants still often repeat an old adage inherited from the period of Swedish rule: "*land skall med lag byggas*" (the nation shall be built by laws). This, of course, refers first and foremost to Constitutional order, but it is also the basic principle of policy implementation. Even the reforms that characterized the construction of the Finnish welfare state were legislatively enshrined, and the easiest way to identify the principal elements of Finnish cultural policy is to examine the corpus of laws and statutes pertaining to the cultural sector [7].

We'll analyze cultural policy documents and documents that influence cultural policy, including treaties, declarations, legislation, government programmes, strategies, norms, and administrative practices. Cultural and educational rights are guaranteed by the Constitution of Finland, whose article 17 promotes right to one's language and culture. The freedom of science, The arts and higher education is guaranteed [8]. Act on the National Board of Antiquities defines the task and organization of the main expert and policy implementing body of heritage policies. Act on Finnish National Gallery (Art Museum) Act provides an umbrella organization for free state-owned art museums: domestic, foreign and contemporary art museums. Act on the Library for the Visually Impaired provides national book services for the visually impaired. Museums Act – legislative basis defining professional museums eligible for central government subsidies according to the Financial law. Film Art Promotion Act – this act provides a legal basis for the functioning of the Finnish Film Institute. Protection of Building Act provides a legislative

resort for the protection of historically and architecturally significant buildings [9].

That was an overall view of legislation currently in force and addressing directly cultural policy issues. Cultural policy of Finland are based on these documents.

The main objectives of Finnish cultural policy are:

- safeguarding equal access to education and culture;
- promoting intellectual growth and learning;
- enhancing opportunities for sharing and participation;
- providing resources for improving the cultural and economic competitive capacity in Finnish society;
- opening up new channels in order to diversify the Finnish impact in the international community; and improving effectiveness in cultural sector [10].

The aim of cultural policy is to support the diversity of art and cultural heritage, cultural institutions and services catering for different population groups and regions, and to develop creativity and civic activity. Cultural exportation and entrepreneurship will be promoted in order to enhance the creative economy and its role in the national economy. The position of culture and art institutions and the activities of actors in the field of art will be secured. The role of libraries as providers of local services and gateways to culture, learning, and information services and management will be strengthened [11]. Finnish cultural policy focuses on supporting art; promoting creativity; securing the status of artists; strengthening the network of regional cultural services; advancing multiculturalism and international cooperation; constructing a cultural information society; and promoting relevant content creation. The cultural policy sector at the Ministry of Education includes the national cultural and art institutions; publicly funded and subsidized museums, theatres and orchestras; local cultural provision and libraries; and subsidized organizational and civic activities. Finnish art and cultural policy is characterized by a strong national cultural identity and a wealth of cultural institutions, which constitute a regionally comprehensive network. The cultural provision is abundant, and Finns are active users of these services [12, p.25].

The general cultural policy objectives of the states of Finland should be in accordance with the international priorities the cultural domain with a special emphasis on national cultural values and traditions.

Within the jurisdiction of the Ministry of Education and Culture, the management of international

cultural co-operation is assigned to a special unit, the Secretariat for International relations. Its main function is monitoring, planning and co-ordinating international bilateral and multilateral relations jointly with the Ministry of Foreign Affairs. The formally established bilateral relations (at present with 45 countries) are based on bilateral cultural agreements, cultural exchange programmes / memorandums of understanding and bilateral funds; the multilateral relations include ratification of all pertinent international conventions and agreements and Finnish membership in international organizations such as UNESCO, the Council of Europe, ITU and WIPO. Since the 1970s, Finland has been especially active in UNESCO's and the Council of Europe's main programmes and projects. Most recently, Finnish experts have had an important role e.g. in WIPO's efforts in the renovation of the international copyright agreements and in the effecting of UNESCO's new Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Finland takes part in educational, research and cultural policy cooperation within the European Union. Directives to be implemented through national legislation in the Ministry's sector mainly concern copyright and the recognition of degrees and diplomas. EU Structural Funds co-finance regional projects relating to education, research and culture. The Ministry of Education participates in the work of the United Nations and the UN Educational, Scientific and Cultural Organization UNESCO, the World Intellectual Property Organization WIPO and the International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property ICCROM. Another important organization for educational cooperation is the Organization of Economic Cooperation and Development OECD. Anti-doping activity in sports is carried out within the World Anti-Doping Agency WADA.

Nordic co-operation has a special position in Finnish international co-operation policies. Finland is represented in the cultural and educational committees, working groups and steering groups responsible to the Nordic Council of Ministers, and participates in the Nordic Cultural Fund, which is administered by the Secretariat of the Nordic Council of Ministers in Copenhagen. Finland has bilateral Cultural Funds with all the other Nordic countries: Iceland (1974), Norway (1979), Sweden (1960) and Denmark (1981). These cultural funds are administered by the Swedish-Finnish Cultural Centre at Hanasaari (Helsinki). The Ministry of Education and Culture allocates the Finnish share of funds for Nordic co-operation. The focus in co-operation with Russia is on higher education and the promotion of arts and culture. Other important

cross-border cooperation partners are the Council of Baltic Sea States and the Barents Council [13].

Finland has a cultural agreement, an exchange programme or some other contractual arrangement on education, research, culture, youth and sport with some 40 countries. The Ministry supports the instruction of Finnish or Swedish to expatriate children, expatriates' cultural and information projects, cultural and scientific institutes run by Finnish foundations abroad, and the activities of various friendship societies between Finland and other countries [14, p.37].

Sources:

1. Mulcahy, Kevin V " The public interest in public culture" // Journal of Arts Management, Law and Society. — 1991.-P. 5-25
2. <http://www.culturalpolicies.net/web/finland>
3. <http://portal.unesco.org/culture/en/>
4. <http://www.culturalpolicies.net/web/>
5. Raymond Williams A Vocabulary of Culture and Society / Rev.ed (New York: Oxford UP, 1983) pp.87-93
6. Education and culture 2007. Annual report // Ministry of Education Publication 2008:18. — 47p.
7. <http://www.culturalpolicies.net/web/finland>
8. <http://www.usnal.org/constitution.php?>
9. <http://www.culturalpolicies.net/web/finland>
10. <http://www.culturalpolicies.net/web/finland>
11. Education and culture 2007. Annual report / Ministry of Education Publication, 2008:18. — 47p.
12. The future is in education and culture / Ministry of Education Publication, 2008, 3ed
13. Education and culture 2007. Annual report / Ministry of Education Publication, 2008:18. — 47p.
14. The future is in education and culture / Ministry of Education Publication, 2008, 3ed

Мельниченко Н.А. Основные черты национальной культурной политики Финляндии

Аннотация. Статья посвящена анализу культурной политики в Финляндии. Был проведен краткий обзор национального законодательства Финляндии в сфере культуры и основные направления культурной политики.

Ключевые слова: культурная политика, Финляндия, законодательство в сфере культуры.

Мельниченко Н.А. Основні риси національної культурної політики Фінляндії.

Анотація. Стаття присвячена аналізу культурної політики у Фінляндії. Був проведений стислий огляд національного законодавства Фінляндії у сфері культури та основні напрямлення культурної політики.

Ключові слова: культурна політика, Фінляндія, законодавство у сфері культури.

*Москальчук К.М.,
ст. викладач кафедри конституційного права
та державного управління
Міжнародного гуманітарного університету,*

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИНЦИПІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Анотація. Місцеве самоврядування є одним з важливих елементів розвитку держави і суспільства, а реалізація на практиці конституційних принципів місцевого самоврядування є важливим кроком до розбудови і становленню правової держави і громадянського суспільства. Запропонована стаття присвячена розгляду юридичної природи та проблематики принципів місцевого самоврядування та зроблені відповідні висновки.

Ключові слова: місцеве самоврядування, принципи місцевого самоврядування, демократія, правова природа, реалізація принципів.

Постановка проблеми. Після проголошення незалежності та прийняття чинного Основного Закону нашої держави розпочався сучасний етап у становленні та розвитку якісно нового інституту конституційного права — місцевого самоврядування. Конституція України 1996 р. уперше визнала місцеве самоврядування в якості однієї з основ конституційного ладу України (ст. 7), невід'ємною умовою здійснення народом влади, що йому належить (ст. 5) [1, с. 3]. На розвиток його головних положень у 1997 р. був прийнятий Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні».

З цього конституційного положення прямо випливає, що місцеве самоврядування посідає окреме місце в політичній системі (в механізмі управління суспільством та державою) і його слід розглядати, як окрему форму реалізації народом належної йому влади. Таке становище місцевого самоврядування в політичній системі дозволяє характеризувати його як самостійну (поряд з державною владою) форму публічної влади — публічну владу територіальної громади [2, с. 421].

Вагомий крок до становлення і розбудови правової держави і громадянського суспільства — є втілення у життя конституційних принципів місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень. Розглядаючи питання щодо принципів місцевого самоврядування, вважаємо необхідним підкреслити вагому роль провідних українських вчених, які започаткували формування сучасних поглядів на конституційно-правовий інститут місцевого самоврядування,

провели науковий аналіз політико-правової природи місцевого самоврядування. Це, зокрема, праці таких науковців: О.В. Батанова, С.В. Болдирева, В.І. Борденюка, І.П. Бутка, М.М. Воронова, А.З. Георгіци, І.А. Грицяка, А.П. Зайця, В.М. Кампо, А.М. Колодія, В. Копейчикова М.І. Корнієнка, В.В. Кравченка, Н.О. Нижник, М.П. Орзіха, В.Ф. Погорілка, М.О. Пухтинського, С.Г. Серьогіної, В.О. Серьогіна, В.Я. Тація, Ю.М. Тодики, О.Ф. Фрицького, В.М. Цвіка, В.І. Чушенка, В.М. Шаповала, Л.П. Юзькова та інших.

При науковому дослідженні використані праці відомих російських учених — С.С. Алексеева, Г.В. Барабашева, А.О. Безуглова, О.Є. Кутафіна, Н.В. Постоного, В.І. Фадеева, К.Ф. Шеремета та інших.

Виклад основних положень. Термін «принцип» походить від латинського слова «principium», яке означає основні, найзагальніші, вихідні положення, засоби, правила, що визначають природу і соціальну сутність явища, його спрямованість і найсуттєвіші властивості [3, с. 1061].

В теорії права існує два терміни: «правові принципи» і «принципи права». Вони різняться між собою тим, що правові принципи виникають, як правило, до виникнення системи права і законодавства. Правові принципи, які закріплені в системі права і законодавства, переходять в принципи права. Правові принципи — це головні ідеї, які виражають основні вимоги до системи права тієї чи іншої держави [4, с. 208].

В європейській Хартії місцевого самоврядування (1985) підкреслюється, що «захист і зміцнення місцевого самоврядування різних європейських країнах є істотним внеском у розбудову Європи на принципах демократії...» [5, с. 2]. Ключові фактори демократії: активне громадянське суспільство, готовність громадян приймати активну участь у процесі прийняття рішень, широка громадська участь у процесах управління, розвинена і сильна система місцевого самоврядування, юридична, фінансова та організаційна автономія їх органів та структур.

У європейській Хартії місцевого самоврядування сформульовані основні принципи місцевого

самоврядування. Це принцип юридичної, організаційної та фінансової автономії місцевих органів влади.

Юридична автономія місцевого самоврядування означає, що органи місцевого самоврядування мають власну сферу діяльності, яка визначена діючою Конституцією та відповідними законами.

Організаційна автономія означає, що органи місцевої влади самостійно визначають і закріплюють організаційну структуру згідно з законодавством, яка найкраще відповідає потребам управління.

Фінансова автономія місцевого самоврядування означає, що муніципальні органи володіють і управляють місцевими фінансовими ресурсами. Ці ресурси їм необхідні для виконання функцій і обов'язків.

Не можна стверджувати про ефективність місцевого самоврядування, якщо вищезазначені принципи місцевого самоврядування не реалізовані або реалізовані неповною мірою.

Принципи місцевого самоврядування, як принципи права, закладені в Конституції України і знайшли своє текстуальне закріплення в ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», це, зокрема, принципи: народовладдя; законності, гласності; колегіальності; поєднання місцевих і державних інтересів; виборності; правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності в межах повноважень, визначених згаданим та іншими законами; підзвітності та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб; державної підтримки та гарантії місцевого самоврядування; судового захисту прав місцевого самоврядування [6, с.3].

Становлення місцевого самоврядування має вирішальне значення для реалізації демократичних засад управління державою і суспільством. Адже самоврядування — найповніше втілення демократії. Ступінь розвитку демократії значною мірою залежить від ступеня розвитку самоврядування: чим більш розвинене самоврядування, тим демократичніше суспільство. У конституційно-правовій літературі з цього приводу зазначається, що демократію не можна проголосити «згори», мають бути ще і громадяни, готові жити та працювати за умов демократії, правової держави, а їх може виховати лише розвинуте місцеве самоврядування...» [7, с. 5].

Принципи місцевого самоврядування перш за все відбулися як правові принципи, як категорії суспільної правосвідомості і спочатку вони не завжди відображалися в системі права і правових нормах. Але їх можна назвати головними засадами, на базі яких будується місцеве самоврядування як інститут права. Ігнорування їх у процесі правотворчості може призвести до суперечностей

у системі самоврядування, що негативно впливатиме на його функціонування.

Отже, будь-які принципи, у тому числі й конституційні принципи місцевого самоврядування, є продуктом людської діяльності, результатом якої вони виступають та інтереси якої задовольняють. Принципи місцевого самоврядування — це соціальні явища як за джерелом виникнення, так і за змістом: їх виникнення зумовлюється потребами суспільного розвитку і тому в них відображаються закономірності суспільного життя. З самого початку свого виникнення принципи місцевого самоврядування існують, як модифіковані та пристосовані до правової сфери певні загальносоціальні принципи, що перебувають у діалектичній взаємодії. Головними джерелами принципів місцевого самоврядування є політика, економіка, мораль, ідеологія, соціальне життя.

Конституційні принципи місцевого самоврядування перебувають нині у стані становлення і пошуку, вони формуються як складний синтез опосередкування і осмислення багатьох проблем, пов'язаних з політичними, економічними, духовними та іншими процесами, і відображають рух суспільства до формування громадянського суспільства і правової держави.

Звідси можна стверджувати, що місцеве самоврядування, як один з основоположних інститутів конституційного ладу, у свою чергу, має власну систему принципів, через призму яких ще повніше розкривається зміст цього важливого соціально-політичного явища, його місце і роль у суспільстві та державі. Найважливішими з них є принципи правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності місцевого самоврядування та його органів.

У 2001 році Радою Європи була проведена значна робота з вивчення ситуації в Україні і, як наслідок, були розроблені Рекомендації (2001) «Про місцеву та регіональну демократію в Україні», в яких основна частина була присвячена проблемам та шляхам створення і забезпечення умов для повноцінного розвитку місцевого і регіонального самоврядування, як основного елемента і прояви демократії.

Основні пропозиції та рекомендації Ради Європи стосувалися:

- адміністративно-територіальної реформи в країні та розвитку регіонального самоврядування;
- розмежування сфери діяльності і повноважень між місцевими властями: органами місцевого самоврядування та місцевими державними адміністраціями;
- забезпечення органів місцевого самоврядування необхідними ресурсами для виконання їх обов'язків;

• удосконалення системи правового захисту місцевого самоврядування, та ін.

Виконання Рекомендацій Ради Європи дуже важливі для кожної країни, так як це може дійсно значно поліпшити стан місцевої і регіональної демократії.

На жаль, багато пунктів цих Рекомендацій в Україні досі не реалізовані. Муніципальний Кодекс (його ухвалення було однією з рекомендацій), який повинен об'єднати всі існуючі закони, що стосуються місцевого самоврядування, і таким чином допомогти уникнути існуючі на сьогоднішній день нормативні протиріччя, до цих пір не прийнятий.

Висновок. Закріплення принципів місцевого самоврядування в праві нашої країни є суттєвим кроком на шляху розбудови її як цивілізованої, демократичної, правової, соціальної держави.

Подальший розвиток місцевого самоврядування в Україні неможливо здійснити без розуміння конституційних принципів місцевого самоврядування як принципів права, їх місця у системі і структурі права, бо їх внутрішньоправова функція, як принципів права, полягає в тому, щоб вносити одноманітність у всю систему юридичних норм і забезпечувати єдність правового регулювання суспільних відносин у сфері місцевого самоврядування.

Література:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — №30. — с.141.
2. Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. — М.: Зеркало, 1998. — с. 421.
3. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров; ред.кол.: А.А. Гусев и др. — Изд. 4-е. — М.: Советская энциклопедия, 1987. — 1600 с.
4. Котюк В.О. Теорія права: Курс лекцій: Навч. посібник для юрид. фак. вузів. — К.: Вентурі, 1996. — 208 с.
5. Европейская Хартия о местном самоуправлении» от 15 октября 1985 года / серия европейских Договорів № 122. Страсбург, Рада Європи, відділ видань та документів ISBN.
6. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. №280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — №24. — с.170.
7. Нагребецька І. Рух з прискоренням чи знову старт? // Урядовий кур'єр. — 2001. — 23 жовт. — №193. — С. 5.

Москальчук Е.Н. Конституционно-правовая природа принципов местного самоуправления в Украине

Аннотация. Местное самоуправление является одним из важных элементов развития государства и общества, а реализация на практике конституционных принципов местного самоуправления является важным шагом к созданию и становлению правового государства и общества. Предложенная статья посвящена рассмотрению юридической природы и проблемным вопросам принципов местного самоуправления и сделаны соответствующие выводы.

Ключевые слова: местное самоуправление, принципы, демократия, правовая природа, реализация принципов.

Moskalchyuk E.N. Constitutional-legal essence of local government principles in Ukraine.

Summary. Local government is an important element of rozvityastate and society, and the practical realization of the constitutional principles of local self-government is an important step towards the creation and establishment of rule of law and society. The proposed paper deals with the legal nature of the problematic issues and the principles of local self-government and made by appropriate findings.

Key words: local government, principles, democracy, legal nature, implementation of the principle.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

До друку у Віснику приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо додержуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог ВАК України.

Стаття повинна містити такі необхідні елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямку.

Разом із статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального закладу або наукового закладу (у формі витягу з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації – 6-10 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль – 14, інтервал – 1,5.

На початку рукопису необхідно зазначити індекс УДК, дані про автора та назву статті.

Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні списку літератури слід дотримуватися вимог ВАК (див.: Бюлетень Вищої атестаційної комісії. – 2009. – №5. – С. 26-30) та державного стандарту ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначати порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел (позиція цитованого видання у списку літератури, сторінка).

Після списку використаних джерел подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До видавничо-редакційного відділу необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка повинна містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти);
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії. Електронний варіант статті можна надіслати на ел. пошту: nauka.mgy@mail.ru

Інформацію щодо опублікування статті можна отримати у видавничо-редакційному відділі Міжнародного гуманітарного університету за адресою: 65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 5, каб. 3.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Крыжановский А.Ф.

**ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ ТЕОРИИ
СОВРЕМЕННОГО ПРАВОПОРЯДКА. 6**

Манько Д.Г.

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ В АСПЕКТІ ПРАВОНАДРОБОВАННЯ. 11

Атаманова Н.В.

**ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ЗАПОРІЗЬКОЇ СІЧІ:
ЦІННІСНО-НОРМАТИВНИЙ АСПЕКТ. 15**

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНАЛІСТИКА,
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНОЛОГІЯ**

Берназ В.Д., Берназ П.В.

**ВАЖНЕЙШИЕ СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ЗАДАЧИ
В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ(часть I) 20**

Туляков В.А.

**НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОВРЕМЕННОЙ
УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЫ 23**

Рыжаков А. П.

**ПРОВЕРКА ЗАКОННОСТИ МНИМЫХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ
МЕРОПРИЯТИЙ 26**

Березовська Н.Л.

**ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВВЕДЕННЯ ОБМЕЖЕННЯ
ВОЛІ НЕПОВНОЛІТНІХ 31**

Березовський А.А.

**МЕТОДОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА ЗЛОЧИННІСТЬ 35**

Вечерова Є.М.

**ПРИМУС ТА ЗАОХОЧЕННЯ ЯК БАЗОВІ МЕТОДИ РЕАЛІЗАЦІЇ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ: СУЧАСНИЙ ВИМІР ПРОБЛЕМИ. 39**

Загурський О.Б.

ПРОФІЛАКТИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДУ. 42

Мавед О.О.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ БИОМЕДИЦИНЫ 47

Мельничук Т.В.

ЕЛЕМЕНТИ КОНЦЕПЦІЇ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ 51

Митрофанов І.І.

**НОРМА ТА СТАТТЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ:
ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ 54**

Неледва Н.В.

**ПЕРЕКОНАННЯ ЯК ГОЛОВНИЙ МЕТОД ПРИМИРЕННЯ СТОРІН
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ 60**

Шиманський Ф. В.

**ХАБАРНИЦТВО: В КОНЦЕПЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ
ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ 63**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

<i>Вишняков О.К.</i>	
ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ В УКРАЇНІ ЗАСОБАМИ НАДНАЦІОНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ (НА ПРИКЛАДІ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ)	70
<i>Нестеренко С.С.</i>	
ПРИНЦИП СПЕЦІАЛЬНОСТІ У МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ	74
<i>Макаров И.М.</i>	
ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗА	78

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>Харитоновна О.І.</i>	
ВІДНОСИНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	82
<i>Квасніцька О. О.</i>	
СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИВАТНОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ІНТЕРЕСУ У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА	87
<i>Озернюк Г. В.</i>	
СИСТЕМА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ І ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН.	91
<i>Серих О.В.</i>	
КЛАСИФІКАЦІЯ ДЖЕРЕЛ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	96
<i>Згама А.О.</i>	
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УНІФІКАЦІЇ НОРМ ГОСПОДАРСЬКОГО, ЦИВІЛЬНОГО Й АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ АКТІВ	100
<i>Ільїна Ю. П.</i>	
ДЕЯКІ ПИТАННЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НОТАРІУСА В УКРАЇНІ	105
<i>Клім С.І.</i>	
ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ЗАКОНУ ДО ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН, ЩО МАЮТЬ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ ХАРАКТЕР	109

АДМІНІСТРАТИВНЕ, ФІНАНСОВЕ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>Голоядова Т.О.</i>	
АДМІНІСТРАТИВНІ ЗАХОДИ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ В СИСТЕМІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ	116
<i>Ігнатенко В.І.</i>	
ДЕЯКІ НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ	119
<i>Melnichenko N. O.</i>	
THE MAIN FEATURES OF FINNISH NATIONAL CULTURAL POLICY	123
<i>Москальчук К.М.</i>	
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИНЦИПІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ.	126
ДО УВАГИ АВТОРІВ!	129

НАУКОВИЙ ВІСНИК МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Науковий збірник

Виходить двічі на рік

№ 1, 2011

Заснований у 2010 р.

Коректор
Технічний редактор

Радіонова І.І.
Мартиненко Т.В.

Підписано до друку 23.03.11. Формат 60x84/8. Обл.-вид.арк. 14,6. Ум.-друк. арк. 15,12.
Папір офсетний. Гарнітура «Literaturna». Друк на дуплікаторі. Наклад 300 прим. Заказ № _____

Віддруковано ПП «Фенікс»

(Свідоцтво ДК № 1044 від 17.09.02).

Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. 8(048) 7777-591.