

**Національний університет
«Одеська юридична академія»**

ISSN 2305-0314



ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

2014

ВИПУСК № 3 (6)

м. Івано-Франківськ
2014р.

**Національний університет
«Одеська юридична академія»**

ISSN 2305-0314

**ПРИКАРПАТСЬКИЙ
ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК**

*науково-практичне юридичне видання
збірник наукових праць*

2014

ВИПУСК № 3 (6)

м. Івано-Франківськ
2014 р.

Зареєстрований Державною реєстраційною службою України
(свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серії
КВ № 18118-6918Р від 16.08.2011р.)

Внесений до Переліку наукових фахових видань України з юридичних наук наказом
Міністерства освіти і науки України від 04 липня 2013 року № 893

Засновник – Національний університет «Одеська юридична академія»

П 68 **Прикарпатський юридичний вісник. Збірник наукових праць.** – Івано-
Франківськ. – Випуск 3 (6). – 2014 р. – 365 с.

У збірнику висвітлюються результати наукових досліджень проблем сучасної правової науки, зокрема актуальних питань теорії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права, процесуальних та комплексних галузей права, правозастосовної практики, правової освіти, а також інші аспекти правової політики держави.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, здобувачів, практичних працівників, студентів, курсантів та всіх зацікавлених осіб.

Рекомендовано до друку вченою радою Національного університету
«Одеська юридична академія» (протокол №2 від 26 листопада 2014 року)

СКЛАД РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

КІВАЛОВ Сергій Васильович (головний редактор)	доктор юридичних наук, професор
БАСАЙ Віктор Давидович (заступник головного редактора)	доктор юридичних наук, професор
АЛЕНІН Юрій Павлович	доктор юридичних наук, професор
АРАКЕЛЯН Мінас Рамзесович	кандидат юридичних наук, професор
БІЛА-ТІУНОВА Любов Романівна	доктор юридичних наук, професор
ВИШНЯКОВ Олександр Костянтинович	доктор юридичних наук, професор
ДОДІН Євген Васильович	доктор юридичних наук, професор
ДОЛЕЖАН Валентин Володимирович	доктор юридичних наук, професор
ДРЬОМІН Віктор Миколайович	доктор юридичних наук, професор
ДУДЧЕНКО Валентина Віталіївна	доктор юридичних наук, професор
ЗЕЛІНСЬКА Наталія Анатоліївна	доктор юридичних наук, професор
МІНЧЕНКО Раїса Миколаївна	доктор юридичних наук, професор
ПИЛИПЕНКО Пилип Данилович	доктор юридичних наук, професор
СТАДНІЧЕНЬКО Станіслав Лешек	габілітований доктор, професор
ТІЩЕНКО Валерій Володимирович	доктор юридичних наук, професор
ТУЛЯКОВ Вячеслав Олексійович	доктор юридичних наук, професор
ХАРИТОНОВ Євген Олегович	доктор юридичних наук, професор
ХАРИТОНОВА Олена Іванівна	доктор юридичних наук, професор
ЧАНИШЕВА Галина Іванівна	доктор юридичних наук, професор
КОРОЛЬ Володимир Володимирович	кандидат юридичних наук, доцент
КОВАЛЬЧУК Сергій Олександрович	кандидат юридичних наук, доцент
РОМАНЮК Андрій Богданович (відповідальний секретар)	кандидат юридичних наук

Адреса редакційної колегії: 76007, м. Івано-Франківськ, вул. Максимовича, 13, Прикарпатський юридичний інститут Національного університету «Одеська юридична академія», тел. (0342) 72 07 37, факс (0342) 72 07 35.

Ел. адреса: plawbulletin@gmail.com

ЗМІСТ

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

Басай О.В.

Поняття юридичних фактів: теоретичний аспект.....8

Дутка Г.І.

Основні напрямки розвитку місцевого самоврядування в аспекті становлення конституціоналізму в Україні17

Запорожченко А.О.

«Право померти гідно», «евтаназія»: поняття та їх співвідношення26

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Мельничук О.С.

Міське та муніципальне право: концептуальні засади розмежування37

Припхан І.І.

Зміни до Конституції як інструмент подолання системної політико-правової кризи в Українській державі.....48

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

Басай Н.М.

Поняття сурогатного материнства58

Басай О.В.

Загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації: порівняльно-правовий аналіз.....65

Коверзнев В.О.

Загальнотеоретичні аспекти кооперації та кооперативного права.....76

Кривенко Ю.В.

Діяльність військових капеланів за законодавством України.....90

**ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО; ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО;
ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО; ТРУДОВЕ ПРАВО****Антонюк У.В.**

Гарантії екологічних прав: проблеми наукової та
нормативно-правової диференціації101

Басай В.Д., Мединська Л.В.

Новачі проекту Трудового кодексу України 2014 року.....112

Джуган В.О.

Проблеми організаційно-правового забезпечення охорони земель
історико-культурного призначення в Україні121

Костяшкін І.О.

Розподіл земель у правовому забезпеченні соціальної функції
права власності на землю в Україні.....134

Мендик Л.В.

Історичний розвиток інституту юридичної відповідальності за лісопорушення.....144

**АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО;
ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО****Кафарський В.В.**

Медіація в адміністративному судочинстві152

Легін Л.М.

Співвідношення публічного права та галузі адміністративного права.....165

Француз А.Й.

Теоретико-правові аспекти подолання негативних факторів
складних адміністративних систем.....173

**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ;
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО****Олійник О.М.**

Запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів
у Збройних Силах України184

Павлов В.Г.

Поняття персоналу Державної пенітенціарної служби України
та засади його діяльності.....194

Торбєєв М.О.

Стан дослідження проблем кримінально-правової та кримінологічної характеристики запобігання злочинам проти радіаційної безпеки в сучасному кримінальному праві України та кримінології204

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

Войтович І.І.

Порядок подання клопотання про арешт майна, його розгляду і вирішення слідчим суддею, судом215

Дердюк Б.М.

Поняття та теоретичні основи криміналістичної класифікації комп'ютерних злочинів225

Кисляк Н.С.

Правове регулювання дій суду з перевірки явки учасників судового провадження: питання теорії та практики.....234

Ковальчук С.О.

Витребування та отримання речей як спосіб участі сторони захисту у формуванні речових доказів248

Король В.В.

Судова культура та судова етика як важливі передумови забезпечення засади гласності і відкритості судового провадження258

Маїлунц Б. Е.

Кримінальне переслідування як функція прокурора на стадії досудового розслідування: проблеми ідентифікації272

Малахова О.В.

Історія розвитку теорії favor defensionis.....282

Мартинців А.М.

Кримінальне процесуальне правопорушення як підстава накладення грошового стягнення293

Савченко В.А., Садова Т.В.

Деякі питання щодо порядку та строків подання заяви про перегляд судових рішень у кримінальних справах Верховним Судом України.....306

Томин С.В.

Порядок проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального

проступку у спрощеному провадженні316

СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Романюк А.Б.

Окремі питання здійснення індивідуальної адвокатської діяльності.....328

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Грималюк П.О.

Загальний аналіз актів «м'якого права» («soft law») у
праві Європейського Союзу.....340

Гринчак В. А.

Принципи міжнародного кримінального права349

Вимоги до оформлення матеріалів, що подаються для публікування.....363

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ; ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

УДК 34.06

Олександр Вікторович Басай

кандидат юридичних наук, доцент

ПОНЯТТЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Юридичний факт, як підстава виникнення прав та обов'язків, є однією із базових категорій, як теорії права, так і окремих галузей, зокрема і цивільного. Юридичні факти зазнають постійних змін під впливом розвитку суспільних відносин у різних галузях суспільного життя, які призводять до появи нових об'єктів, нових способів розпорядження правами, відповідно, нових обставин, які можуть бути віднесені до юридичних фактів, що породжує чимало наукових дискусій, які ведуться навколо розуміння суті, змісту зазначеної категорії.

Специфіка окремих об'єктів права інтелектуальної власності, мета їх створення та використання обумовлює закріплення у законодавстві різних підстав виникнення прав та обов'язків у творців, правовласників та їх правонаступників. Визначення моменту та ключового юридичного факту (як одиничного, так і у сукупності юридичних фактів), з яким пов'язується виникнення прав у галузі інтелектуальної власності, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, адже саме з ним пов'язується набуття особою можливості для повноцінного захисту результатів інтелектуальної творчої діяльності. А це є принциповим у галузі інтелектуальної власності, де право першості, пріоритету відіграє ключову роль у виникненні прав у одних суб'єктів та обмеженні прав інших.

Важливе значення для розкриття суті юридичних фактів мають наукові праці В.Б. Ісакова, О.С. Йоффе, А.В. Коструби, М.А. Рожкової, В.В. Копейчикова, Г.В. Кікоть, Харитонова Є.О., Харитонові О.І. У юридичній науці приділяється чимало уваги дослідженню суті, видів юридичних фактів. Разом з тим, у галузі інтелектуальної власності

проблема юридичних фактів не отримала належного теоретичного дослідження.

Юридичний факт є однією з основоположних категорій як у теорії права, так і у праві інтелектуальної власності.

Категорія «юридичний факт» – це результат динамічного розвитку юридичної практики, прагнення осмислити й охопити єдиним поняттям різноманітні передумови діалектики правовідносин [1].

Одним із найбільш поширених підходів до розкриття поняття юридичних фактів є їх визначення як обставин реального життя, з якими норми права пов'язують встановлення, зміну чи припинення правовідносин [2, с.193].

Як відзначає О.І. Харитонова, наведене визначення поняття юридичного факту поєднує у собі два нерозривно пов'язаних моменти: матеріальний і юридичний. З одного боку, це явище дійсності – подія або дія. У цьому сенсі йдеться про матеріальний, а точніше «реальний» факт. Але, з іншого боку, цей реальний факт, будучи передбаченим нормою права, породжує відповідні правові наслідки, а тому є не просто «фактом реальності», а фактом юридичним [3, с.45].

Мурмугіна В.В. наголошує на подвійному характері природи юридичного факту і необхідності виділення матеріальної і ідеально-правової складових його сутності: 1) у вигляді реального життєвого явища або процесу; 2) у вигляді нормативної науково-практичної конструкції (факту-моделі). Факт як явище об'єктивної дійсності матеріальний, а як правова модель ідеальний, виступає якоюсь абстракцією, набором юридично виділених ознак [4].

До ознак, які характеризують матеріальну складову юридичних фактів відносяться наступні: конкретні, індивідуальні; несуть у собі інформацію про стан суспільних відносин, що входять до предмета правового регулювання; певним чином виражені зовні; складаються з наявних або відсутніх визначених явищ матеріального світу. До ознак, що характеризують нормативну складову юридичного факту, відносять обставини: безпосередньо або опосередковано передбачені нормою права; зафіксовані у встановленій законодавством процедурно-

процесуальній формі. Більшість юридичних фактів мають правове значення, як правило, лише у тому випадку, коли вони належним чином оформлені і засвідчені (у вигляді документів, довідок, журнального запису тощо); викликають передбачені нормами права юридичні наслідки [5, с. 420-421].

Про подвійний характер життєвих явищ, що мають здатність до породження правових відносин, обумовлюють їх динаміку і закріплюються в нормі права, зазначає Рябов О.Є. Подібні життєві явища мають подвійний характер і конструктивно включають в себе і юридичні, і соціальні елементи. Юридичні характеристики, що визначаються нормою, відповідають за статику правового регулювання, тоді як динаміку юридичного процесу забезпечують ті обставини соціально-правової ситуації, які підлягають віднесенню до числа юридичних фактів. Норма права має статично загальний характер, її завдання виражається в базовій інформаційній функції і для того, щоб закріплена в нормі інформація почала працювати, потрібні певні засоби, які носять активний конкретизуючий характер і слугують досягненню цілей правового регулювання в окремо взятій соціально-правової ситуації. До числа цих засобів підлягають включенню юридичні факти - соціальні явища об'єктивної дійсності, що носять динамічний характер і дуже часто проявляються в діях учасників суспільних відносин. У забезпеченні динаміки правового регулювання полягає головне призначення юридичних фактів і проявляється роль у цьому процесі [6].

Юридичний факт це: по-перше – конкретні життєві обставини, явища, елементи соціальної дійсності, по-друге – обставини, визнані нормами права, прямо чи опосередковано відображені в законодавстві, оскільки вони переважно точно або в загальному вигляді передбачаються гіпотезою правової норми [7].

Слід відзначити, що питання взаємозв'язку юридичних фактів та норм права, а точніше закріплення фактів в гіпотезах юридичних норм, є дискусійним.

Так, відповідно до позиції О.Ф. Черданцева, надання правового характеру тим чи іншим обставинам цілком залежить від волі законодавця, офіційної влади, а не від самих учасників життєвого

процесу, хоча без них ці обставини могли б і не наступити. Не право породжує подібні факти, вони виникають і існують без нього, але право надає їм юридичний статус в цілях їх врегулювання, упорядкування. Це реакція правової норми на конкретну ситуацію, передбачену в її гіпотезі. Юридичні факти служать безпосередньо приводами, підставами для виникнення, зміни, припинення правовідносин. Факти є юридичними тому, що, по-перше, вказівка на них міститься в нормі права (гіпотезі), по-друге, з наявністю цих фактів норми права пов'язують настання юридичних наслідків, тобто виникнення, зміну або припинення правовідносин (суб'єктивних прав або юридичних обов'язків) [8].

На фіксації юридичних фактів у нормах права наголошує також Т.О. Чернадчук, яка визначає юридичний факт, як передбачені гіпотезою норми права життєві обставини, умови та факти, наявність або відсутність яких спричиняє певні юридичні наслідки – виникнення зміну та припинення правовідносин [9].

На відміну від більшості визначень, в яких юридичний факт розглядається як життєві обставини, Т.О. Чернадчук до юридичних фактів відносить також умови і факти.

Юридичними є не всі життєві факти, а лише передбачені нормативно. Юридичні факти закріплюються і описуються в гіпотезах правових норм як певні, потенційно можливі ситуації. У випадку виникнення такої ситуації в реальному житті настають передбачені нормою правові наслідки у вигляді виникнення (зміни, припинення) правовідносин [10, с.134].

П.М. Рабінович тлумачить юридичний факт як передбачену гіпотезою правової норми конкретну обставину, з настанням якої виникають, змінюються або припиняються правові відносини [11, с.84].

Також під юридичним фактом пропонується розуміти частину норми права, яка містить в собі модельний опис обставини реальної дійсності, з яким ця норма пов'язує настання певних правових наслідків [12].

Юридичні факти – конкретні фактичні обставини, що зумовлюють виникнення, зміну або припинення правовідносин. Це традиційне

визначення не надто коректне, оскільки передбачає, що юридичні факти є чимось зовнішнім по відношенню до правовідношення, передують йому. Насправді, юридичний факт – такий стан правовідношення, «поворот», «момент» в його розвитку, з яким пов'язуються певні юридичні наслідки [13].

Юридичні факти – це та зона дії права, де правові норми стикаються з життям, з конкретною дійсністю. Отже, юридичні факти дозволяють вивести правовідношення в площину проблематики фактичних відносин, показати зв'язок вивчення правових відносин з соціологією, теорією управління та іншими суспільними науками [14, с. 150].

Під юридичними фактами в цивільному праві розуміють обставини, наявність яких спричиняє встановлення, припинення або зміну цивільних прав та обов'язків, або інші цивільно-правові наслідки для учасників цивільних правовідносин. У зв'язку з цим юридичним фактом цивільного права доцільно визнавати обставини, з якими закон або договір пов'язує виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, будь-які інші юридичні наслідки в сфері цивільних правовідносин [15].

У науковій доктрині також існує думка про те, що юридичні факти не можуть виключно залежати від закріплення у гіпотезі норми права.

Красавчиков О.О. відзначав, що виходячи з того, що юридичний факт - це факт реальної дійсності, з якими норми права пов'язують юридичні наслідки, а співвідношення названих фактів і норм будується за принципом приватної свободи і загальної передумови руху цивільних правовідносин, не можна уявляти собі, нібито юридична значимість того чи іншого явища повинна бути надана тільки тому факту, який прямо, як такий, зазначений у конкретній нормі права [16].

Підтримуючи таку точку зору Красавчикова О.О., Н.В. Александрова відзначає, що: по-перше, не можна сказати про відсутність юридичного факту, у разі відсутності відповідної норми права, і, по-друге, законодавець не зобов'язаний регулювати кожен факт реальної дійсності. Разом з тим, зазначене не означає, що немає потреби в законодавчому закріпленні юридичних фактів, які зустрічаються найбільш часто, з метою ефективного здійснення цивільного обороту. До числа юридичних фактів цивільного права слід віднести ті явища

об'єктивної реальності, які мають здатність породжувати цивільні правовідносини, становлення і розвиток яких призводить до того, що досягається головна мета існування цивільного права: механізм цивільно-правового регулювання суспільних відносин. Тим самим юридичні факти приводять даний механізм у дію, і в цьому полягає їх основне призначення в системі засобів механізму цивільно-правового регулювання [17].

П. Якушев визначає юридичні факти як соціально зумовлені конкретні життєві обставини, які входять у предмет правового регулювання, прямо або побічно передбачені нормою права, наявність або відсутність яких породжує передбачені законом наслідки: виникнення, зміну, припинення правовідносин між персонально-визначеними суб'єктами права [18, с.147].

На думку З.Д. Іванова, юридичні факти виступають безпосередньою підставою виникнення суб'єктивних прав громадян у конкретних правовідносинах та посідають самостійне місце в механізмі правового регулювання, обґрунтовуючи це тим, що вони є необхідною ланкою в переході від державного нормативного регулювання суспільних відносин до індивідуального, піднормативного регулювання через передбачені в нормах права суб'єктивні права та юридичні обов'язки, що їм кореспондуються [19, с.32].

Дослідження юридичних фактів дозволяє виділити їх ознаки.

До основних ознак юридичних фактів Ісаков В.Б. відносить наступні: юридичні факти є обставини конкретні, індивідуальні. Конкретність юридичних фактів-подій виражається в тому, що вони відбуваються в певній місцевості в деякий певний момент часу; несуть в собі інформацію про стан суспільних відносин, що входять у предмет правового регулювання; певним чином виражені (об'єктивувалися) зовні; являють собою наявність або відсутність певних явищ матеріального світу; прямо або побічно передбачені нормами права; зафіксовані у встановленій законодавством процедурно-процесуальній формі; викликають передбачені законом правові наслідки [20].

В плані понятійної характеристики юридичних фактів В.Н. Протасов

відзначає їх наступні характерні риси:

1. За своєю соціальною природою юридичні факти - це звичайні життєві обставини, які самі по собі не мають властивість викликати юридичні наслідки. Така якість надається їм юридичними нормами, і може статися так, що законодавець на якомусь етапі розвитку суспільних відносин перестане пов'язувати правові наслідки з даним юридичним фактом. Однак робиться це під впливом закономірностей суспільного розвитку. Тому юридичні факти мають глибоку суспільну природу і являють собою ще один вихід права на практику, ще один канал зв'язку права з соціальною сферою. Таким чином, юридичні факти - це суспільно-юридичні явища.

2. Юридичні факти опосередковують рух правових відносин (виникнення, зміну, припинення). І якщо правосуб'єктність розглядати як особливого роду юридичне право в рамках загальнонормативних правовідносин, то фактичні умови правосуб'єктності (вік, осудність і т. п.) за своєю природою і механізмом дії теж є юридичними фактами.

3. Юридичні факти породжують правові наслідки тільки у взаємодії з правовими нормами.

4. Вказівки на юридичні факти і їх опис містяться в гіпотезах юридичних норм. Поряд з нормами та суб'єктами права юридичні факти виступають однією з передумов виникнення правовідносин [21].

Таким чином, на підставі проведеного дослідження наукових підходів до розкриття суті юридичних фактів, запропоновано визначити їх, як обставини (дії приватних та публічних осіб, події, як передбачені, так і безпосередньо не визначені у законодавстві але відповідають загальним засадам цивільного законодавства), з наявністю або відсутністю яких норми права пов'язують настання певних юридичних наслідків, зокрема виникнення прав та обов'язків.

Юридичні факти змінюються з урахуванням змін, які відбуваються в суспільстві, що обумовлює актуальність та практичну необхідність проведення подальших наукових досліджень особливостей та видів юридичних фактів у різних сферах суспільного життя.

Література

1. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. М., 1982. – Т. 2. – 360 с.
2. Загальна теорія держави і права / За ред. В.В. Копейчикова. – К. : Юрінком Інтер, 1997. – 320 с.
3. Харитоновна О.І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності (концептуальні засади) : моногр. / О.І. Харитоновна. – Одеса : Фенікс, 2011. – 346 с.
4. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы / Воронников А.А., Муругина В.В. - Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО "Сарат. гос. юр. акад.", 2011. - 192 с.
5. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп. Отв.ред. проф. М.Н. Марченко. Том.2 – М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. – С. 420-421.
6. Рябов А.Е. Юридические факты в механизме правового регулирования/ Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Специальность: 12.00.01 : Теория и история права и государства; история правовых учений / А.Е. Рябов. – Нижний Новгород, 2005.
7. Приходько Х.В. Проблеми визначення конституційно-правового регулювання / Х.В. Приходько // Вісник Запорізького національного університету. – 2009. – №1. – С. 59-60.
8. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. – Ленинград: Из-во Ленинградского Ун-та, 2000. – 432с.
9. Чернадчук Т.О. Концепція юридичних фактів в інформаційній сфері банківської діяльності / Т.О. Чернадчук // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2011. – № 2 (5) [Електронний ресурс] Режим доступу: http://lib.academy.sumy.ua/library/P_Visnik/Numbers/2_5_2011/Contents.htm
10. Демин А.В. Теория государства и права: Курс лекций – М.: ИНФРА-М, 2004. – 184 с.
11. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави: Навч. посібник. – 5 вид., зі змінами. – К. Атіка, 2001. – 174 с.
12. Махиева А.Х. Юридические факты в гражданском праве Кыргызской Республики / Дис. ...кан.юрид.наук, спец. 12.00.03 / Махиева, Антонина Хасановна [Электронный ресурс]. – 2011. – Режим доступа: <http://www.dissercat.com/content/yuridicheskie-fakty-v-grazhdanskom-prave-kyrgyzskoi-respubliki>
13. Четвернин В.А. Проблемы теории права и государства. Краткий курс лекций. М., 2007. – 299 с.
14. Андроновна В.А. Юридичні факти у трудовому праві: поняття, ознаки та властивості / В.А. Андроновна // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – С.149-154.
15. Кочергіна В.О. Правовий акт як підстава виникнення цивільних прав та обов'язків Автореф. дис. ...кан.юрид.наук за спец. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / О.В Кочергіна. – Київ, 2009. – 18 с.
16. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. - М.:

Госюриздат, 1958. – 182 с.

17. Александрова Н.В. Юридические факты в механизме гражданско-правового регулирования / Александрова Н.В., Федоров И.З. // Вестник Российского университета кооперации. – 2014. – № 1 (15). – С. 35-38.

18. Якушев П.А. Правообразующие юридические акты и поступки в механизме правового регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук. Специальность: 12.00.01 : Теория и история права и государства; история правовых учений / П.А. Якушев. – Москва, 2004. – 165 с. <http://www.dissercat.com/content/pravoobrazuyushchie-yuridicheskie-akty-i-postupki-v-mekhanizme-pravovogo-regulirovaniya - ixzz38zfqfbQR>

19. Иванова З.Д. Юридические факты и возникновение субъективных прав граждан // Советское государство и право. – 1980. – №2. – С. 31-37.

20. Исаков В.Б. Юридические факты в российском праве / В.Б. Исаков // Учебное пособие. – М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 1998. – 48 с.

21. Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: Вопросы и ответы. – М.: Новый Юрист, 1999. – 240 с.

Анотація

Басай О.В. Поняття юридичних фактів: теоретичний аспект. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню наукових підходів до визначення юридичних фактів. Розкрито співвідношення юридичних фактів і норм права. Визначено ознаки юридичних фактів.

Ключові слова: юридичний факт, дія, подія, норма права, життєві обставини.

Аннотация

Басай А.В. Понятие юридических фактов: теоретический аспект. – Статья.

Статья посвящена исследованию научных подходов к определению юридических фактов. Раскрыто соотношение юридических фактов и норм права. Выделены признаки юридических фактов.

Ключевые слова: юридический факт, действие, событие, норма права, жизненные обстоятельства.

Summary

Basay O.V. The Concept of Legal Facts: Theoretical Aspect. – Article.

The article investigates the scientific approaches to the determination of the legal facts. Author discloses the ratio of legal facts and the law. The article highlights the features of the legal facts.

Key words: legal fact, act, event, rule of law, the circumstances of life.



УДК 352.07

Г. І. Дутка

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
та історії держави і права
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету
«Одеська юридична академія»

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В АСПЕКТІ СТАНОВЛЕННЯ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ

Формування місцевого самоврядування виявилось одним із найбільш складних і суперечливих завдань становлення сучасної державності. На шляху демократичних процесів постав цілий комплекс політичних, економічних, соціальних, кадрових, психологічних та інших перепон. Системний характер муніципальної влади, її взаємозв'язків із державною владою та іншими інститутами політичної системи суспільства об'єктивно вимагає не тільки концептуального аналізу генезису інститутів місцевого самоврядування в історичній ретроспективі та виявлення чинників і умов становлення, системних та функціональних характеристик муніципальної влади в сучасній Україні, а й всебічного осмислення перспективного розвитку муніципальної демократії у контексті конституційної, адміністративної та інших реформ.

Метою статті є аналіз шляхів оптимізації системи місцевого самоврядування і місцевої демократії. Питанням розвитку місцевого самоврядування присвячені роботи М.Аракеляна, М.Баймуратова, О.Батанова, Н.Борденюка, В.Баранчикова, О.Бориславської, Ю.Делії, В.Кампо, А.Коваленка, В.Кравченка, М.Орзіха, М.Пухтинського, Т.Смирнової, Ю.Сурміна, О.Тодици, В.Шаповала та ін..

Місцеве самоврядування як принципово нова система організації

публічної влади на місцях, є одним із тих атрибутів сучасного конституціоналізму та соціально-правової демократичної державності, що, в контексті європейського вектора розвитку Української держави, вимагає свого усебічного конституювання та інституціоналізації на принципах гуманізму, людського виміру влади та верховенства права. Адже визнання державою інститутів місцевого самоврядування стало гаслом реформаторських дій усіх без винятку постсоціалістичних держав Європи, в тому числі України. Фундаментальними принципами проведення сучасних реформ проголошується децентралізація публічної влади та субсидіарність у наданні публічних послуг.

Водночас, якщо в таких європейських державах, як Польща, Литва, Латвія та інших країнах нової демократичної хвилі, реформи публічної влади привели до позитивних результатів, формування дієздатних територіальних громад та реального місцевого самоврядування, яке ефективно та незалежно від держави під власну відповідальність надає жителям різноманітні публічні послуги, то в Україні ефект від діяльності територіальних громад поки що не відчутний. Процеси формування дієздатних територіальних громад, незважаючи на розвиток муніципального законодавства, ратифікацію відповідних міжнародно-правових актів тощо не приводять до істотних зрушень у функціонуванні і розвитку суспільства і демократичної держави [1, с.118].

Ігноруючи природні можливості муніципальної демократії, українська державність протягом останніх років штучно створювала бар'єри на шляху перетворення України на ініціативну, розвинену та динамічно функціонуючу демократичну, соціально-правову державу, яка бажає та здатна забезпечити громадянам високі соціальні стандарти та гарантії розвитку на шляху до соціального прогресу. Так, з одного боку, ми бачили позитивне становлення – визнання місцевого самоврядування та прав територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування на конституційному рівні (ст. ст. 7, 140 Конституції України) та легалізацію принципів його правової, організаційної та економічної самостійності (Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»), державне розуміння ролі місцевого самоврядування як «особливо важливого фактора становлення громадянського суспільства»,

та його розвитку як «одного з найпріоритетніших напрямів державної політики України» та всенародне оголошення курсу на формування «нації самоврядних громад» [1, с.119].

З другого боку, наочною є абсолютна відсутність державної волі у проведенні широкомасштабної муніципальної реформи, наявність патерналістських підходів.

Похідними від цієї непослідовності державної політики є невизначеність правосуб'єктності територіальної громади та її співвідношення з населенням, державою, нечітке розмежування функцій, повноважень, відповідальності органів місцевого самоврядування та місцевих органів виконавчої влади, суперечливість у визначення статусу комунальної власності, спільної власності територіальних громад, забезпеченні охорони громадського порядку, захисту основних та «локальних» прав членів територіальної громади [2]. Як наслідок – фіктивно-декларативний статус муніципальної влади.

У зв'язку з цим слід відмітити вплив на стан розвитку місцевого самоврядування таких рудиментів радянського минулого, як прагнення держави не відмовлятися від контролю усіх сфер людського буття, бюрократизм, безвідповідальність органів влади від усіх видів та рівнів, патерналістське мислення не лише населення, а й державних та комунальних службовців, представників депутатського корпусу та сільських, селищних, міських голів тощо. Концептуальне бачення політичного курсу, окресленого в Акті проголошення незалежності України та продовженого у Конституції України: запровадити модель сервісної держави, примусити владу працювати на інтереси громадянина, а не на власні, – не досягнута. У цьому плані Україна є яскравим негативним прикладом ігнорування як позитивного зарубіжного досвіду муніципального будівництва, так і концептуальних засад локальної демократії.

Поряд з цими чинниками (політичними, соціальними, економічними, духовно-моральними) не викликає сумнівів і те, що суттєвого реформування має зазнати насамперед конституційна модель місцевого самоврядування. Тому в контексті реформи місцевого

самоврядування варто розуміти констатуючу та інституціональну роль муніципальної влади як одного з ключових елементів системи конституційного ладу України.

Слід зазначити, що відразу після прийняття Конституції України її положення щодо місцевого самоврядування стали предметом гострої критики з боку муніципальної громадськості, політичних партій, науковців, окремих політиків тощо, що й актуалізувало необхідність внесення змін до Основного Закону в відповідній частині, детермінувавши появу ряду відповідних проектів. Велика кількість офіційних законопроектів та їх версій, авральний характер їх обговорень та, врешті-решт, швидке схвалення змін до Конституції наприкінці 2004р. призвело до ще більшої заплутаності у вітчизняній моделі місцевого самоврядування.

Концептуальний аналіз офіційних та інших законопроектів про внесення змін до Конституції, розроблених у 2003-2014 роках, дозволяє дійти висновку про наміри (або принаймні декларації) авторів майже усіх цих законопроектів змінити філософію усієї моделі врегулювання діяльності місцевого самоврядування. Власне, пропонується перейти від існуючої нині консервативної моделі місцевого самоврядування, за якої місцеве самоврядування здійснюється лише на рівні територіальних громад та на рівні регіонів – областей і районів, що має фактично символічний характер, до повноцінної системи місцевого самоврядування на усіх рівнях організації суспільства. Впровадження в Україні відомого світовій муніципальній практиці принципу повсюдності місцевого самоврядування створило б правові умови для активізації життєдіяльності територіальних громад у вирішенні завдань життєзабезпечення і розвитку територій міст, селищ та інших населених пунктів з урахуванням місцевої специфіки, соціально-економічних особливостей і культурно-історичних традицій громад і регіонів.

Ще однією проблемою майже усіх запропонованих законопроектів є недостатньо чітка розмежованість категорій «жителі» («жителі громади», «жителі населених пунктів», «члени громад») та «громадяни», а також юридичне оформлення їхньої конституційної та муніципальної правосуб'єктності (наприклад, проект, внесений народними депутатами

України А.Матвієнком, В.Мусіякою, О.Морозом, Ю.Ключковським та ін..). Адже членами територіальної громади та користувачами послуг, які надає місцеве самоврядування (можуть бути) не лише громадяни України, а й особи без громадянства, іноземці, які постійно проживають на відповідній території [3, с.122].

На рівні територіальних громад цілком змінюється система координат, яка панує у державі щодо прав людини. З рівня «громадянин - держава» права людини переходять на рівень «житель – орган місцевого самоврядування» та трансформуються у муніципальні права особистості. Цей підхід існує в деяких країнах (наприклад, Данії, Бельгії, Польщі, Латвії), безпосередньо пов'язаний із визнанням відмінності різних статусів публічної влади: державної влади як представника суспільства у цілому, його політичної влади і місцевого самоврядування – як публічної влади територіального колективу, є свідченням підвищеної ролі локально-територіального чинника у житті суспільства, створенням дієздатних територіальних громад, підтвердженням демократичних намірів національних держав та їх особливої уваги саме до мешканців певних територій.

Зважаючи на те, що будь-які обмеження права на участь у місцевому самоврядуванні залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного чи соціального стану, терміну проживання на відповідній території, за мовними чи іншими ознаками забороняються, а також, враховуючи загальноєвропейські тенденції щодо прискореної інтеграції іноземців у територіальні громади на локальному рівні, зокрема, шляхом їх залучення до участі у різних формах муніципальної діяльності, з часом можна було б надати право участі у місцевих виборах, референдумах та інших формах безпосереднього волевиявлення населення за місцем проживання також і особам, які не мають громадянства України, однак постійно проживають на цій території (наприклад, протягом п'яти років перед черговими виборами), володіють певним нерухомим майном, сплачують місцеві податки і збори, беруть активну участь у муніципальному житті та відповідають саме тим правовим вимогам, які пред'являються до громадян України.

Зокрема, згідно зі ст. 6 Конвенції про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні (Страсбург, 5 лютого 1992р.) держави-учасниці цього документа зобов'язуються надати кожному постійному мешканцю-іноземцю право голосувати та висувати свою кандидатуру на виборах до органів місцевого самоврядування, якщо він задовольняє тим правовим вимогам, які пред'являються громадянам, крім того, на законних підставах постійно мешкає у відповідній державі впродовж п'яти років, що передують виборам [4, с.220].

Багато зауважень викликають й інші позиції існуючих версій конституційно-проектних пропозицій, які стосуються, зокрема, або статусу районних та обласних рад, їх виконавчих органів у контексті здійснення ними їх функцій представництва спільних інтересів територіальних громад, так і в частині визначення поняття місцевого самоврядування як права і спроможності органів місцевого самоврядування (а не територіальних громад або жителів громад здійснювати в межах закону регулювання і управління суттєвою часткою суспільних справ або суспільними справами місцевого значення тощо.) Подальший розвиток місцевого самоврядування значною мірою залежить від вирішення проблеми реформування територіального устрою країни. Ряд вчених пропонують, по-перше, замінити «селище» на «містечко», по-друге, міста, містечка, села або об'єднання кількох населених пунктів визначити в системі адміністративно-територіального устрою України одним терміном «громади». При цьому громадою слід вважати адміністративно-територіальну одиницю та сукупність громадян України, які проживають на її території.

В окремих європейських країнах існує практика визначення одним терміном (комуна, громада, муніципалітет) місцевого колективу жителів і адміністративно-територіальної одиниці, однак запровадження такого порядку в Україні може бути пов'язане із значними труднощами. Та і одночасне використання для визначення територіальних одиниць термінів «село, містечко», «громади», «населені пункти» може внести плутанину в законотворчу роботу парламенту. Реформа територіального устрою, як вважає П. Любченко, не може бути «косметичною» чи направленою виключно на зміцнення управлінських систем публічної

влади, вона повинна здійснюватись відповідно до конституційних принципів, мати інноваційний характер і орієнтацію на потреби людини, територіальних громад в цілому [5, с.58].

Центральною позицією будь-яких нововведень повинно стати наближення влади до людей. Для цього слід зміцнити громаду, дати якнайбільше прав і ресурсів для їх забезпечення туди, де людини найбільше звертається до влади у повсякденному житті. Такі перетворення можливі лише за умови тісної координації їх з проведенням структурних реформ в інших сферах суспільного життя: житлово-комунального господарства, охорони здоров'я, освіти, пенсійного забезпечення, податкової, бюджетної сфери тощо.

Для подальшого розвитку місцевого самоврядування в Україні потрібно невідкладно вирішити такі питання:

- а) поглиблення децентралізації влади;
- б) запровадження повноцінного регіонального самоврядування, створення виконавчих органів районними і обласними радами;
- в) розширення повноважень обласних рад і їх виконавчих органів шляхом передачі їм значної частини управлінських функцій з розв'язання регіональних проблем соціальної політики, економічного й науково-технічного розвитку;
- г) удосконалення територіального устрою країни.

Таким чином, можна з упевненістю сказати, що правова політика у сфері місцевого самоврядування нині істотно відстає від потреб та реалій сучасного суспільного розвитку. Законодавець переважно керується методом спроб і помилок, часто допускаються просто механічні запозичення тих чи інших юридичних інститутів, конструкцій з іноземного конституційного та муніципального законодавства і використання в законодавчих актах різних концептуальних підходів. Адже навіть у Конституції України та Європейській хартії місцевого самоврядування, ратифікованій нашим парламентом, закладені різні концептуальні підходи до визначення поняття, системи і засад місцевого самоврядування. У результаті органи публічної влади не мають єдиних конституційно-правових орієнтирів, сучасної юридичної ідеології, що

базується на загальноцивілізаційних цінностях і враховує особливості розвитку України.

Залишається не вирішеною проблема адаптації національного законодавства до міжнародно-правових стандартів організації місцевої влади. Згідно з європейськими стандартами в галузі місцевого самоврядування саме виборні органи є основними носіями самоврядних повноважень, головною формою самоорганізації територіальних громад. Тому у ст. 140 Конституції України проголошено, що місцеве самоврядування здійснюється територіальною громадою як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

Якщо порівняти поняття місцевого самоврядування у Конституції України і Європейської хартії про місцеве самоврядування, то маємо деякі розбіжності. Як зазначалося вище, місцеве самоврядування, відповідно до Основного Закону – це право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції та законів України. Стаття Хартії під місцевим самоврядуванням розуміє «Право і реальна спроможність органів місцевого самоврядування в межах закону здійснювати регулювання і управління суттєвою часткою суспільних справ, діючи в межах закону, під свою відповідальність в інтересах місцевого населення» [3]. Проте парламентом України Хартія на той час так і не була ратифікована.

Також у Конституції України не було закріплено право місцевого самоврядування на свій автономний від держави бюджет та свої податки і збори. Ст. 95 Конституції України стосовно бюджетної системи України встановила, що вона будується на засадах справедливого неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами. Про те, що бюджетну систему становлять державний бюджет та автономний від державного місцевий бюджет, в Конституції не зазначено. Крім того, не знайшов відображення в Основному Законі порядок формування місцевих рад районного та обласного рівнів, що також створювало проблеми функціонування органів місцевого самоврядування. Процес змін, який був закладений Конституцією України, потребує обов'язкового законодавчого закріплення базовими законами.

Таким чином, досягнення оптимального рівня взаємодії між органами державної влади та органами місцевого самоврядування є першочерговою умовою для досягнення політичної стабілізації в Україні. Ця мета може бути досягнута тільки тоді, коли система місцевого самоврядування сприйматиметься не як «нижчий» рівень в ієрархії органів державного управління, а як самостійний інститут публічної влади. Бажання залишатися в рамках патерналістської моделі місцевого самоврядування є чинником, що стоїть на заваді розвитку громадянських свобод, демократії і значно гальмує розвиток місцевого самоврядування.

Література

1. Батанов О. Концептуальні аспекти реформи конституційної моделі місцевого самоврядування в Україні / О. Батанов // Право України. – 2009. – № 12. – 117-125с.
2. Бориславська О. Місцеве самоврядування як форма децентралізації та гарантія демократичного політичного режиму / О. Бориславська // Вісник Львівського університету. – серія юрид.. – 2011. – вип.. 52. – с.127-133
3. Батанов О.В. Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні: Монографія /О.В.Батанов / За заг. ред В.Ф. Погорілка. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 512 с.
4. Конвенція про участь іноземців в суспільному житті на місцевому рівні 1992р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_318.
5. Любченко П. Місцеве самоврядування в Україні: концептуальні підходи реформування / П.Любченко // Право України. – 2009. – № 5.–с.55-60.

Анотація

Дутка Г.І. Основні напрямки розвитку місцевого самоврядування в аспекті становлення конституціоналізму в Україні. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблем розвитку місцевого самоврядування в умовах формування та розвитку конституціоналізму в Україні. Досліджено недоліки конституційно-правового закріплення форм безпосереднього здійснення місцевого самоврядування в Україні та окреслено шляхи їх вдосконалення.

Ключові слова: місцеве самоврядування, територіальна громада, форми безпосередньої демократії, конституційно-правове регулювання.

Аннотация

Дутка Г.И. Основные направления развития местного самоуправления в аспекте становления конституционализма в Украине. – Статья.

Стаття посвящена рассмотрению проблем развития местного самоуправления в условиях формирования и развития конституционализма в Украине. Исследовано недостатки конституционно-правового закрепления форм непосредственного осуществления местного самоуправления в Украине и очерчены пути их усовершенствования.

Ключевые слова: местное самоуправление, территориальная община, формы непосредственной демократии, конституционно-правовое регулирование.

Summary

Dutka G.I. The Main Directions of Local Governments' Development in Terms of the Formation of Constitutionalism in Ukraine. – Article.

The article is devoted to the problems of local government in the formation and development of constitutionalism in Ukraine. The shortcomings of constitutional and legal forms of direct realization of local government in Ukraine and ways to improve them.

Key words: local government, local community, forms of direct democracy, constitutional and legal regulation.



УДК 340.114

А. О. Запорожченко

асистент кафедри права ЄС і
порівняльного правознавства
Національного університету
«Одеська юридична академія»

«ЕВТАНАЗІЯ» ТА «ПРАВО ПОМЕРТИ ЛЕГКО ТА ГІДНО»: КВІТЕНСЕНЦІЯ ТЕРМІНІВ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ

Постановка проблеми. Останнім часом проблема правового статусу людини та громадянина набувають вагому актуальність. Підвищений інтерес до зазначеної проблеми обумовлюється перш за все тим, що більшість з країн пострадянського простору переживають період переоцінки суспільних пріоритетів та соціальних цінностей.

Особливу цікавість викликає таке «ноу-хау» в галузі прав людини як право на смерть, задовольняючи який виникає ряд питань, зокрема: як співвідноситься між собою евтаназія, право на смерть та право на життя?

І наскільки правильним є вживання в наукових колах терміну «право на смерть»? Відповідь на ці питання повинне мати наукове підґрунтя. Важливе значення для дослідження та вивчення того чи іншого явища має те, яке смислове навантаження включається в цій чи інший термін, тому більш вірний підібраний термін дає можливість визначити характеристики, можливості та основні ознаки того чи іншого правового явища. В науковій літературі по різному визначають термін «евтаназія» та встановлюють свої межі співвідношення з правом на смерть. Тому потрібно з'ясування та уточнення цих термінів.

Ступінь наукової розробки. Робіт, присвячених проблемам легалізації та наукового підґрунтя процедури евтаназії, в науковій літературі досить багато. Проблемами співвідношення права на смерть та права на життя через призму здійснення процедури евтаназії займаються багато вчених: М.І. Ковальов, М.Н. Малєїна, І.А. Міхайлова, В.А. Глушков, М.М. Зорецький, Е.Є. Черніков, Н.М. Чернікова, А.П. Громов, О.М. Добровольська, О.С. Капінус, Є.К. Фомичев та багато ін. Ступень розробки полягає в тому, що в системі прав людини категорії щодо права на смерть через призму співвідношення з евтаназією практично не висвітлені. Кінцевою цілю цього дослідження є розкриття понятійно-категоріального розуміння евтаназії через його складові та надання критичної оцінки терміну «право на смерть», відштовхуюсь від їхнього співвідношення між собою.

Мета статті полягає в дослідженні та в з'ясуванні значення терміну евтаназії та права на смерть, відштовхуючись від їхнього співвідношення між собою.

Виклад основного матеріалу. Поняття евтаназії неоднозначно визначається як в етико-філософській, юридичній, так і в медичній літературі. Тому ускладнюється сам процес дослідження джерел, в яких немає однозначного визначення терміну евтаназії. На думку Жака Судо: «не існує більш двозначного слова, ніж евтаназія» [9]. Але можливо ще не пізно повернути евтаназії справжнє її визначення, корені якого слід бачити в тлумаченні цього терміну самим його засновником Ф.Бекона. І хоча термін евтаназії було спотворено фашистськими ідеологами, після

чого все частіше почав вживатися термін «примусова евтаназія», слід повернутися до визначення, яке дав Ф. Бекон: «Я абсолютно переконаний, що борг лікаря полягає не тільки в тому, щоб відновлювати здоров'я, але і в тому, щоб полегшувати страждання і муки, заподіяні хворобами, і це не тільки тоді, коли таке полегшення болю як небезпечного симптому хвороби може привести до одужання, але навіть і в тому випадку, коли вже немає абсолютно ніякої надії на порятунок і можна лише зробити саме смерть більш легкою та спокійною, тому що ця евтаназія, про яку так мріяв Август, вже сама по собі є не малим щастям; прикладом такої щасливої смерті може служити кончина Антонія Пія, який, здавалося, не помер, а заснув глибоким солодким сном. Те ж саме, як кажуть, випало і на долю Епікура: коли його стан стало безнадійним, він заглушив всі почуття і біль у шлунку, упившись вином, звідки і ці слова епіграми: І потім вже п'яний він випив води Стіксу, тобто вином заглушив гіркоту стігійської води. А в наш час у лікарів існують свого роду священний звичай залишитися біля ліжка хворого і після того, як втрачена остання надія на порятунок, і тут, на мою думку, якщо б вони хотіли бути вірними своєму обов'язку і почуттю гуманності, вони повинні були б і збільшити свої пізнання в медицині, і докласти (в той же час) усі сили, щоб полегшити відхід з життя того, в кому ще не згасло дихання.» (Ф.Бекон «Про гідність та примноження наук») [7].

Евтаназія (від грец «еу» – «хороший» і «танатос» – «смерть») – практика припинення (або скорочення) життя людини, що страждає невиліковним захворюванням, відчуває нестерпні страждання, задоволення прохання хворого в безболісної або мінімально болісній формі припинення його страждання.

Наприклад, за визначенням голландського законодавства – «евтаназією називається всяке діяння, спрямоване на те, щоб покласти кінець життю тієї чи іншої особистості, йдучи назустріч її власним бажанням, і виконане незацікавленою особою» [5]. Але, слід зауважити, що в цьому визначенні не йде мова про тяжкі страждання обумовленні невиліковним захворюванням.

«Короткий оксфордський словник» дає три значення слова «евтаназія»: перший – «спокійна і легка смерть», друге – «засіб для

цього», третє – «дії по її здійсненню» [4].

Визначення терміна «евтаназія» представлено в декларації з евтаназії ВООЗ у 1987 р.: «Акт навмисного переривання життя пацієнта, навіть виконаний на прохання самого пацієнта або на прохання його найближчих родичів, є неетичним. Це не звільняє лікаря від врахування бажання» [6].

Більш розвернуто евтаназія розуміється в якості бездіяльності чи умисній дії медичного працівника, яка вчиняється відповідно до явних прохань інформованого хворого чи його законного представника з метою припинення фізичних та психічних страждань хворого, який перебуває за медичними показниками в стані, що загрожує життю, внаслідок чого настає смерть [2, с. 21].

Термін евтаназії можна розглядати в широкому та вузькому сенсах:

1. у вузькому, – коли під евтаназією розуміється лише дія або засіб по досягненню легкої смерті. В даному випадку, термін евтаназія буде медичним терміном, а для теоретиків правознавців, цей термін буде означати саме процес реалізації права на легку та гідну смерть.

2. в широкому, – коли поняття евтаназії розглядається як полісемантичне, комплексне поняття, що включає в себе біолого-медичний, правовий, філософський, релігійний, морально-етнічний аспекти.

Морально-етнічний аспект визначає межі переривання життя людини, виходячи з принципів гуманності, моральності та милосердя. Також визначає співвідношення розвитку суспільних відносин стосовно цього питання з етикою медичної професії.

Біолого-медичний аспект визначає категорію пацієнтів, по відношенню до яких можливе використання процедури евтаназії. Це по-перше. По-друге, медичний аспект – сам процес, що передуює реалізації права на гідну смерть, а саме яким чином та в яких умовах можливе проведення евтаназії.

Релігійний аспект визначає відношення церкви та релігійних людей до здійснення евтаназії. Згідно з їхньою ідеологією: «Життя людини дано Богом та не хто не в праві її переривати».

Філософський аспект визначає місце такого явища, як евтаназія в контексті буття через призму філософського визначення життя та смерті.

Правовий аспект – це безпосередньо придбання та реалізація права на легку та гідну смерть. Він реалізується через два напрями: теоретичний та практичний. Теоретичний напрям вимагає підготовки теоретичної бази стосовно таких питань: що таке право на смерть, як воно співіснує з правом на життя, як співвідноситься з правом на самогубство, урахування правових наслідків у випадку легалізації евтаназії та ін. Практичний напрям – це легалізація правової процедури евтаназії. Цій напрям безпосередньо має прив'язку до «букви» закону. Він націлений на виконання конкретних завдань правової практики.

Евтаназія в правовому аспекті реалізується через придбання права на легку та гідну смерть. Тому, виходячи з вищевикладеного, доходимо висновку, що «евтаназія» та «право на легку та гідну смерть» – це не одне і теж. Дані поняття не є синонімами, хоча в науковій літературі такий стан речей має місце бути. Поняття «евтаназія» набагато ширше та об'ємніше.

Евтаназія має місце при наявності певних умов, а саме:

- людина повинна бути смертельно хворою та вмирати в тяжких муках;
- при вживанні препарату (-ів), що викликає (-ють) смерть (річ йде про активну евтаназію), а також якщо хворого позбавляють всього того, що потрібно для продовження його існування, за винятком знеболюючих препаратів (річ йде про пасивну евтаназію), але в цьому випадку слід відрізнити від права пацієнта на відмову від медичного втручання;
 - надання повної інформації про стан здоров'я хворого;
 - точна та беззаперечна доведеність неможливості врятувати життя, встановлена колегією лікарів-спеціалістів у цій галузі при обов'язковій одноставності;
 - добровільне, усвідомлене, вольове бажання хворою людиною померти (воно повинно мати письмову форму);
 - бажання хворого повинно бути виконано незацікавленою особою: спеціальним суб'єктом – медичним представником (з іншої медичної установи);

- дія медичного представника повинна бути усвідомленою та включати в себе інтелектуальний та вольовий аспект;
- наявність згоди близьких родичів хворого (в певних випадках);
- попереднє повідомлення в органи прокуратури;

Аналізуючи всі «плюси» та «мінуси» зазначених визначень, ми можемо виділити основні характерні риси терміну «евтаназії». По-перше, евтаназією повинна охоплюватися певна діяльність. Причому під поняттям «діяльність» бажано розуміти як поведінку у формі активних дій, так і пасивну бездіяльність. Крім того, вищевказана діяльність повинна здійснюватися спеціальним суб'єктом - медичним працівником, до числа яких можна віднести як лікаря, так і допоміжний медичний персонал (медична сестра, фельдшер та ін.) Наступною характерною рисою евтаназії є те, що ця діяльність відбувається медичним працівником свідомо, в стані, в якому він міг розуміти значення своїх дій (інтелектуальний аспект), зміг керувати ними (вольовий аспект) та зміг передбачити її наслідки. І, мабуть, останньою характерною рисою евтаназії є те, що вона тягне за собою смерть пацієнта. Ось саме ті основні риси, які характеризують евтаназію як діяльність певного виду. Але крім цих характерних рис евтаназії, повинна відбуватися за наявності певних умов. До таких доцільно віднести:

1) наявність невиліковної хвороби пацієнта, наслідком якої є нестерпні страждання фізичного, психічного, морального або іншого характеру;

2) вказана діяльність медичних працівників має чітко визначений вектор, оскільки вона має бути спрямована виключно на припинення зазначених страждань пацієнта;

3) зазначена діяльність здійснюється виключно за усвідомленим проханням пацієнта,

4) в випадку, якщо стан пацієнта не може забезпечити свого волевиявлення щодо здійснення евтаназії, – достатньо прохання його законного представника. Але, слід зауважити, що в цьому випадку можливе зловживання цим правом, тому потрібно створювати незалежні лікарські колегії двох інстанцій, при проходженні яких було одностайне

підтвердження того факту що людина помере. Бо як усім відому хворі можуть виходити з цього стану;

5) пацієнт або його законний представник повинні бути повністю, об'єктивно і своєчасно повідомлені про незворотність наслідків такої діяльності.

В якійсь мірі сам термін «право на смерть» звучить парадоксально, тому що протягом століть основою всіх людських прав було право на життя. Якщо процес смерті знаходиться в не зоні особистісного контролю, то «право померти» стає проблемою. Що мається на увазі: право людини на життя передбачає право, а не обов'язок жити [1].

На жаль, якщо виходити з права людини самостійно розпоряджатися своїм життям, аж до відмови від неї, то евтаназія є просто засобом здійснення цього права.

Кожен має права розпоряджатися своїм життям на свій розсуд. Якщо існує право на життя, припустимо можливість існування такого права як «право на смерть». В цьому випадку, це було б внутрішнім протиріччям для законодавця, чийм основним принципом є захист життя.

Акцент все ж таки ставиться на життя: це життя потрібно захищати, а не смерть. Існує право померти гідно, по-людськи, без зайвих страждань. Тут йде мова про повагу людської гідності. Але це право не звільняє від закону про охорону життя.

Конституційне встановлення права на життя логічно означає юридичне закріплення права людини на смерть.

Очевидно, коли право на життя належить до особистих прав людини, її реалізація здійснюється ним індивідуально і самостійно, незалежно від волі інших.

Але все-таки, які правомочності дає нам «право на смерть». Якщо враховувати, що це добровільне і самостійно реалізоване право, то в голову приходять тільки одне – реалізація «права на самогубство». Але і тут ми можемо знайти прямо протилежну точку зору: професор

Ковальов М. І. в своїй статті «Право на життя і право на смерть» дає вичерпний розбір поняттю самогубства. Автор статті наводить приклади з життєвих випадків, на підставі яких доводить, що позбавлення себе життя не у всіх випадках може бути добровільним і дає своє визначення

самогубства. «Під самогубством слід розуміти власноручне, свідоме і добровільне позбавлення себе життя за будь-яких причин, крім випадків свідомого впливу на людину з боку інших осіб, під впливом якого він приймає рішення піти з життя не добровільно, а в силу безвихідній ситуації, що склалася з волі цих осіб» [3].

Немає жодних вагомих аргументів проти того, щоб проголосити, що людина має право на життя і на смерть. Обидва ці людські права настільки тісно пов'язані один з одним, що є двома сторонами однієї медалі та відділення одного від іншого відразу ж тягне ряд питань, і якщо з правом на життя ще більш-менш все зрозуміло, то з правом на смерть виникає маса питань. Що стосується суїциду, слід розуміти, що це область взаємодії людини зі своєю долею, а не суспільні відносини і закріплення права на смерть не вирішить ніяких проблем.

Людина не стане звирятися з Конституцією, перебуваючи на межі життя і смерті, здійснюючи самогубство. Кількість суїцидів не зміниться, а єдиний здвиг, який відбудеться – це суспільний резонанс навколо цієї проблеми. Тут хотілося б погодитися з думкою М. І. Ковальова, що дане питання вимагає не правового закріплення, а вироблення певного принципу, неписаного правила. Роль держави тут повинна виражатися у підтримці та закріпленні сутності людини, як сукупності всіх суспільних відносин [2].

Висновки. Отже, в результаті дослідження з'ясувалось наступне: нормативне закріплення права на смерть не вірне, тому що безпосередньо самого права на смерть просто бути не може. Смерть – це не невід'ємна складова життя. Якщо ми говоримо про право на життя, то вже автоматично включаємо в це право кінцевий етап реалізації даного права, тобто смерть (а не право на смерть). Право на життя – це право, а не обов'язок, тому людини (виходячи з правових цінностей) може на свій розсуд розпоряджатися цим правом. Якщо ми буде розглядати право на смерть, то в даному випадку правильніше буде говорити про право на самогубство, яке на сьогоднішній день закріплено нормативно просто бути не може, та і в цьому сенсу немає.

Інший випадок, коли людина вмирає в страшних муках, добровільно

і усвідомлено виявляє бажанням померти. В даному випадку, правильніше говорити про реалізацію не права на смерть, а права померти легко та гідно (в науковій літературі теж можна зустріти термін «право на гідну смерть»). Право померти легко та гідно включає також право на лікування за допомогою гуманних методів: вони повинні бути спрямовані на те, щоб полегшити страждання і смуток, допомогти померти спокійно, без непотрібної і безкінечної боротьби. Таке гуманне лікування завжди закінчується лише природною смертю, без штучної її провокації (пасивна евтаназія). Це означає, що вдаватися до штучних методів, які лише уповільнюють процес вмирання, потрібно продумано та відповідно до їх доцільності. Все повинно вирішуватися з урахуванням, насамперед, інтересів самого хворого. Вважаю доцільним, співвіднести право померти легко та гідно з правом на самогубство. З правової точки зору, на мій погляд, треба відокремити ці поняття, так як в нормативному закріпленні права на самогубство не має сенсу, це, по-перше, а по-друге, слід розуміти, що це область взаємодії людини зі своєю долею, а не суспільні відносини. Що ж стосується, права на легку та гідну смерть, по-перше, реалізація цього права – це вже суспільні відносини, а по-друге, людина все ж таки помре, це, лише, питання часу та вирішення питання про спосіб уходу її з життя.

Поняття евтаназії розглядається як полісемантичне, комплексне поняття, яке включає в себе правовий аспект. Саме правовий аспект дає підґрунтя реалізації права померти гідно та легко. Право померти легко та гідно використовується як основний засіб декриміналізації евтаназії, трактування її в якості однієї з форм реалізації права на життя в аспекті розпорядження життям.

Література

1. Домбровська О. Щодо правових аспектів легалізації евтаназії / О. Домбровська // Право України. – 2008. – № 10. – С. 20-23.
2. Ковалев М. И. Право на жизнь и право на смерть / М.И. Ковалев // Государство и право. – 1992. – № 7. – С. 68-75.
3. Крылова Н. Е. Эвтаназия: уголовно-правовой аспект / Н.Е. Крылова // Вестник Московского университета. – 2002. – № 2. – С. 17-37
4. Краткий оксфордский словарь [Електронний ресурс] // Универсальная

библиотека online. – Режим доступу: http://www.biblioclub.ru/dictionaries.php?action=dict&dict_id=.

5. Е.О. Маляева. Возможна ли легализация эвтаназии в России. [Электронный ресурс] / Маляева Е.О. – Режим доступу: <http://bono-esse.ru/blizzard/RPP/M/ORGZDRAV/MP/evtanasiya.html>.

6. Е.Э. Черников. Право врача на эвтаназию: проблемы, суждения, поиск альтернативы. [Электронный ресурс] / Черников Е.Э. // Газета «Новости медицины и фармации». – Режим доступу: <http://www.mif-ua.com/archive/article/4173>.

7. Дилеми біоетики: аборт, евтаназія, трансплантологія. [Электронный ресурс]// Big library. – Режим доступу: http://www.big-library.com.ua/book/45_Prikladna_etika/4219_23Dilemi_bioetiki_abort_evtanaziya_transplantologiya.

8. Судо Ж. Эвтаназия. [Электронный ресурс] / Ж. Судо // Big library.- Режим доступу: http://www.kcn.ru/tat_ru/religion/catholic/bioeutah.htm.

Анотація

Запорожченко А.О. «Право померти гідно», «евтаназія»: поняття та їх співвідношення. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду таких понять як «право померти легко та гідно», «евтаназія» виходячи з їх співвідношення між собою. Евтаназію слід розглядати як комплексне поняття, яке складається з певних аспектів. Дається критична оцінка «існуванню» в наукових колах такого права як право на смерть. Також, в роботі торкнулися проблеми співвідношення права померти гідно з правом на самогубство та з правом на життя.

Ключові слова: евтаназія, право на смерть, право на гідну смерть, право на життя, право на самогубство, медицина.

Аннотация

Запорожченко А.О. «Право умереть легко и достойно», «эвтаназия»: понятие и их соотношение». – Статья.

Статья посвящена рассмотрению таких понятий как «право на достойную смерть», «эвтаназия» исходя из их соотношения между собой. Эвтаназию следует рассматривать как комплексное понятие, состоящее из определенных аспектов. Дается критическая оценка «существованию» в научных кругах такого права как право на смерть. Так же, в работе затронуты проблемы соотношения права умереть достойно с правом на самоубийство и с правом на жизнь.

Ключевые слова: эвтаназия, право на смерть, право на достойную смерть, право на жизнь, право на самоубийство, медицина.

Summary

A. A. Zaporozhchenko. «Right to Die with Dignity», «Euthanasia»: «Notions and Their Correlation». – Article.

The article examines the concepts of *a right to die with dignity and easiness* and of *euthanasia* based on their correlation. Euthanasia should be considered as a complex concept, which consists of certain aspects. The critical assessment of *existence* in academia such rights as the right to die. Also, the article deals with the correlation between the right to die with dignity and the right to suicide and the right to life.

Key words: euthanasia, right to death, right to worthy death, death, right to life, right to suicide, medicine.



КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 340.1

О.С. Мельничук

науковий співробітник науково-
дослідної частини

Національного університету

«Одеська юридична академія»,

кандидат юридичних наук, доцент

МІСЬКЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ РОЗМЕЖУВАННЯ

Постановка проблеми. Для сучасного права усе більш помітними стають тенденції до визнання ідеї правового плюралізму, зміст якої виражається у виведенні права за межі держави та розгляд його буття в інших соціальних структурах. Саме на цій основі сьогодні формується уявлення про міське право як особливу форму та рівень буття права. Формування та інституційне оформлення міського права необхідним чином виводить до проблеми його співвідношення з муніципальним правом, яке має не лише методологічне значення (оскільки дозволяє сприймати міське право як самостійний правовий концепт), але й прикладну роль (адже спрямовує правовий вплив та правове регулювання у відмінних напрямках). Розрізнення міського та муніципального права також має на меті продемонструвати різну природу їх походження, функціонування та розвитку.

Аналіз останніх публікацій. Проблематика міського та муніципального права знаходилася в полі зору таких науковців як О.В. Батанов, І.А. Галіахметов, М.О. Баймуратов, В.О. Демиденко, В.М. Шаповал, В.І. Борденюк, А.Р. Крусян, М. І. Корнієнко, В. В. Таболін, А. В. Корнєв та ін., проте можна стверджувати про відсутність доктринальних розробок щодо розмежування міського та

муніципального права.

Викладення основного матеріалу. Ідея правового плюралізму є необхідною з точки зору вироблення коректної та адекватної методології розуміння міського права та його місця у структурі сучасної правової реальності. Між тим, питання про те, як співвідносяться міське та муніципальне право на рівні національної правової системи вимагає свого вирішення, щонайменше, на поняттєвому рівні. З цією метою варто звернутися до сучасних підходів щодо розуміння муніципального права, його змісту та предмету в системі сучасного права.

Під муніципальним правом найчастіше розуміють систему норм та принципів, які регулюють та охороняють суспільні відносини у сфері існування та функціонування місцевого самоврядування та інші тісно пов'язані з ним суспільні відносини. Тому можна стверджувати, що муніципальне право стосується, насамперед, безпосередньої і представницької місцевої (локальної) влади, а отже, воно належить до групи публічних галузей права. Звідси, муніципальне право найбільш тісно пов'язане із конституційним, адміністративним, фінансовим та іншими галузями права. Загалом, конституційне право є найбільш важливим підґрунтям для створення і функціонування муніципального права. Часто зауважується, що термін «муніципальне право» не зовсім точно відображає предмет регулювання і охорони, оскільки норми цієї галузі спрямовані, насамперед, на місцеве самоврядування. Окрім цього, Конституція і законодавчі акти України не використовують термін «муніципалітет». Він є нетрадиційним для нашої юридичної науки і практики. Але, незважаючи на це, поняття муніципального права настільки тісно увійшло в мову сучасної юридичної науки та практики, що цією обставиною можна знехтувати.

Як стверджує О.В. Батанов, стрімкий розвиток муніципального права у сучасних демократіях, тріумфальний рух принципів субсидіарності, регіоналізації та децентралізації, який відбувся у період після Другої світової війни в Європі та США, породив тенденцію муніципалізації конституційного життя та правових систем у цілому. Свідченням того є становлення системи муніципальних прав особи, механізмів їх гарантування та захисту, що є основою для соціального

гомеостазису територіальної громади, який, з одного боку, є невід'ємною характеристикою організації та діяльності місцевого самоврядування на певній території та, з іншого – властивістю сучасного муніципального права, яке, у свою чергу, виконує специфічну гомеостазисну роль у процесах формування соціально-правової державності та громадянського суспільства [1, с. 79]. В іншій своїй статті вітчизняний учений-муніципаліст наголошує, що в умовах глобалізації, інформатизації та розвитку сучасних засобів комунікації муніципальне право стає нормативно-правовим інструментом реалізації одного з головних завдань сучасності – поєднання в єдине ціле інтересів держави, суспільства та особи, оскільки головний сенс та сутність місцевого самоврядування полягають у тому, щоб на рівні кожної окремо взятої особи здійснювати гармонізацію прав та свобод людини і громадянина з інтересами держави та суспільства. У цьому контексті, варто відзначити й те, що серед багатьох турбот сучасного суспільства одна з найгостріших проблем – проблема відчуження людей, ксенофобія, патологічний егоцентризм та індивідуалізм. У поєднанні з гострими кризовими явищами в економічному та політичному житті ця проблема спричиняє існування цілої низки песимістичних поглядів на долю людства взагалі, свідченням чого є офіційно визнана ООН «стратегія виживання» [2, с. 86]. Подібні судження не залишають місця сумнівам, що муніципальне право та дієздатне місцеве самоврядування є одним з тих атрибутів сучасного конституціоналізму та соціально-правової демократичної державності, що, у контексті європейського вектору розвитку української держави, вимагає свого усебічного конституювання та інституціоналізації на принципах гуманізму, людського виміру влади та верховенства права.

На думку деяких дослідників, основним предметом науки муніципального права є взаємодія парних категорій «муніципальна влада» та «муніципальні права і свободи». Зазначається, що у механізмі місцевого самоврядування, з одного боку, суб'єкт муніципальної влади – територіальна громада та, з іншого – носій муніципальних прав і свобод – співпадають [3, с. 94; 4, с. 64–65]. За такого підходу, утім, не зовсім зрозуміло, чому ці явища розглядаються як категорії. Для категорій

властивою є комплементарність, тобто взаємна доповнюваність, заснована на протиставленні. Тому у представленому судженні спостерігається певна суперечливість, адже якщо суб'єкт муніципальної влади та носій муніципальних прав співпадають (що, до речі, не можна вважати самоочевидним судженням), то вони ніяк не можуть бути категоріями.

При розгляді будь-якої галузі права принциповим є питання про її предмет, оскільки саме він як матеріальний критерій розмежування галузей права має першочергове значення у визначенні самостійного місця певної сфери правового регулювання у структурі правового впливу. Звернення до публікацій у сфері муніципально-правової науки дозволяє констатувати, що в цілому розуміння предмета муніципального права зводиться до суспільних відносин, пов'язаних зі здійсненням муніципальної влади. Але при цьому, як справедливо зазначається в наукових публікаціях, часто відбувається неправомірне ототожнення муніципальної та місцевої влади. Останнє поняття є набагато більш широким, оскільки включає в себе не лише владу місцевого самоврядування, але й державну владу на місцях [5, с. 130].

На переконання О.В. Батанова, предмет муніципального права як галузі права розкривається, якщо його розглядати як суспільні відносини, які виникають у процесі визнання, становлення, організації та здійснення публічної влади територіальних громад – муніципальної влади, а також відносин, які виникають у процесі реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина у місцевому самоврядуванні [6, с. 191]. При цьому науковець додатково акцентує увагу на безперспективності визнання комплексного характеру предмета муніципального права, стверджуючи, що незважаючи на наявність в муніципальному праві норм, що можуть класифікуватися як цивільно-правові, адміністративно-правові тощо, особливість предмету, методу та функціонального призначення муніципального права є запорукою його самостійного існування в межах системи українського права [6, с. 193–194].

Не вдаючись у всю глибину дискусій щодо того, якому підходу до розуміння предмету муніципального права слід віддати перевагу, зазначимо лише, що у будь-якому випадку ідеться, як правило, про ті чи

інші аспекти феномену місцевого самоврядування. І тут думки учених є доволі демонстративними з точки зору розуміння розбіжностей у парадигмах, в яких існує муніципальне право та міське право. На думку В.М. Шаповала, «місцеве самоврядування за своєю природою є децентралізованою формою державного управління» [7, с. 51]. Розкриваючи його структурно-функціональні особливості, учений розглядає місцеве самоврядування як «організацію державної влади «на місцях» [7, с. 51]. Схожої позиції дотримується В.І. Борденюк, який «владу органів місцевого самоврядування» називає «похідною від державної влади, а не від вигаданої муніципальної влади» [8, с. 25]. У своїй іншій праці дослідник наголошує, що «в сучасних умовах найбільш наближеною до реалій державно-правового життя є концепція місцевого самоврядування як такого управління, в процесі якого реалізується державна влада» [9, с. 44].

Альтернативна точка зору на місцеве самоврядування, що орієнтована на його недержавну сутність, представлена роботами М.О. Баймуратова, В.О. Григор'єва, В.Ф. Погорілка, Ю.М. Тодики та ін. Як зазначає А.Р. Крусян, пропонуючи максимально сумативне, на її думку, визначення місцевого самоврядування з позицій сучасного конституціоналізму, воно постає як самостійна, недержавна місцева публічна (публічно-самоврядна) влада територіальних громад [10, с. 17].

Багатьма муніципалістами прийнято вважати, що муніципальне право є комплексною галуззю права, предметом якої є місцеве самоврядування [11, с. 14]. При цьому муніципальне право ототожнюється з міським правом, або поняття «міського» права вписується у дужки, пояснюючи пріоритетність муніципалітету [12]. Але використання системного підходу до визначення муніципального та міського права виявляє їх суттєві відмінності.

Вузьке розуміння міського права також частково можна пов'язати з визначенням його як комплексного інституту муніципального права, що регулює правові відносини в межах міста з метою створення умов для його сталого розвитку на принципах самостійності та відповідальності населення (міських жителів). В.В. Таболін та А.В. Корнєв розглядають

міське право як комплексне утворення, яке виростає з глибин муніципального права, тобто міське право розуміється як системний елемент муніципального. Разом із цим, дуже обережно тими ж авторами звертається увага на те, що міське право є певною реальністю, пов'язаною з галузевим характером його становлення [12, с. 67–68]. Тобто і міське право теж є системним явищем. Тоді виникає питання, які складові входять у цю систему.

Крім того, ретельно ознайомившись зі змістом праці вищезазначених авторів, між поняттями міського та муніципального права впливає знак рівності, оскільки одразу виникає ще одне питання (на яке немає чіткої відповіді) про те, які ще комплексні інститути входять у муніципальне право поряд з міським, тобто які ще елементи входять у систему муніципального права.

Цікавим є те, що основу іншого розуміння можна вибудувати на ідеях співавтора монографії щодо муніципального міського права А.В. Корнева, який при зверненні до міського права в історичному контексті стверджує, що воно містить у собі норми цивільного, податкового, фінансового, кримінального, конституційного, муніципального, міжнародного права [13, с. 112]. Тобто місто як економічний, культурний, політичний, правовий суб'єкт (як концепт в рамках параметричної теорії систем) за історію свого існування зміг створити унікальне явище – міське право, яке регулювало відносини як у межах міста, так і за його межами.

Тобто, муніципальне право – це частина правової системи держави, елемент публічно-правового життя суспільства в цілому, його норми і цінності поширюються на всі адміністративно-територіальні одиниці держави (не лише на міста, але й на села, селища, області). Міське право існує, насамперед, на рівні міст. Міське право, таким чином, є незалежним від держави, формується і змінюється не за допомогою законодавчої діяльності, а в процесі активності міських жителів і міської влади.

З цього випливає, що зведення міського права до місцевого самоврядування є неточним, оскільки історично міським правом оформлялося не тільки право обирати свої владні установи, видавати

закони, але й здійснювати суд над жителями, підтримувати порядок. Для міського права, таким чином, притаманна саморегуляція, яка не може бути зведена до самоврядування. Більше того, місто – це особливий простір, в якому можуть виникати випадкові зв'язки між різноманітними суб'єктами, а це вже нашоє на визначення деяких системних параметрів (стабільність або нестабільність) у методології дослідження міського права.

Таким чином, якщо міське право розглядати як частину муніципального права, то це тільки буде звужувати та обмежувати потенційні можливості правової науки. Тоді як міське право – комплексне явище, яке навіть з історичних підстав, не говорячи про сучасність, може бути визнане новим самостійним напрямком в юриспруденції.

У будь-якому випадку, незважаючи на різні підходи до розуміння місцевого самоврядування, ця теоретична конструкція несе в собі відбиток процесів одержавлення автономної сфери місцевого правового простору. Розмежування феноменів муніципального та міського права має будуватися на декількох важливих заувагах:

(1) муніципальне право, регламентуючи здійснення місцевого самоврядування, є галуззю права, що належить до нормативної підсистеми української правової системи. Відповідно, його нормативи та цінності поширюються на всі публічно-владні відносини, що виникають у сфері муніципалістики незалежно від того, де вони формуються – у місті, селищі чи селі;

(2) муніципальне право створює нормативні засади для реалізації права територіальних громад на самоврядування, тоді як міське право є самою реалізацією цього права, в результаті чого формується самостійна автономна правова система;

(3) у муніципальному праві існують та формуються нормативи, як правило, публічно-правового характеру, тоді як міське право, оформлене як міська правова система, може охоплювати і аспекти приватноправового життя міста;

(4) існування муніципального права та його дія обмежені державним простором, тоді як міське право та його нормативи мають

транскордонний характер, оскільки міста можуть встановлювати правові комунікації з іншими містами, людьми та їх об'єднаннями напряму, без державного посередництва.

Інтегрування цих аспектів співвідношення муніципального та міського права дозволяє створити загальний принцип їх взаємодії: на нормативному та інституційному рівні муніципальне право є правом державного походження, а міське право – правом недержавного походження. Така постановка питання відкриває шлях до ще однієї важливої проблеми: що є критерієм обов'язковості чи не обов'язковості міського права, якщо його існування не залежить напряму від держави?

Як видається, розгляд сучасного міського права має базуватися, у тому числі, на обґрунтуванні нормативної його складової. Традиційно акти, які ухвалюються органами місцевого самоврядування в містах, відносять до числа локальних. Їх локальність визначається обмеженим територією міста простором дії. Але ключова проблема в цьому контексті – не вид чи тип нормативно-правових актів, які походять від муніципальних органів у містах, а в легітимності їх ухвалення.

Проблема правової легітимності є традиційною для загальнотеоретичної юриспруденції. Існує велика кількість концепцій, які обґрунтовують шляхи її набуття тими чи іншими правовими нормами. У найбільш широкому плані проблему правової легітимності можна сформулювати таким чином: «Чому люди слідуєть правовим нормам?». Зазвичай критерій легітимності правових норм та інститутів шукають за межами правової системи. Наприклад, таким шляхом іде Л. Фуллер (для нього критерієм легітимності права виступає моральність та формальні характеристики законів), Р. Дворкін (для якого ключовий параметр легітимності права – це принцип, який поєднує соціальну норму та нормативну вимогу, або ж індивідуальні права) та ін. Тим часом, існують концепції, в яких критерій легітимності права знаходиться всередині правової системи. Одною з найбільш таких популярних концепцій є підхід Г. Гарта. У своїй відомій праці «Концепція права» він розрізняє два види норм: первинні норми та вторинні норми, які сходять до так званої норми визнання. Первинні правила представляють собою такі законодавчі встановлення, які були підготовлені суверенним органом (тобто

парламентом), внаслідок чого виникають певні обов'язки та права. Вторинні ж правила складаються з трьох різновидів – правил визнання, правил зміни та правил винесення судового рішення [14].

Саме з цієї точки зору розкривається одна з граней співвідношення муніципального та міського права. Муніципальне право як галузь публічного права і частина національної правової системи України містить правила первинного характеру, тобто воно встановлює можливості для міських громад створювати автономні локалізовані правові простори, де будуть діяти норми вторинного типу.

По суті, норми міського права характеризуються подвійною легітимністю. Вони є легітимними, оскільки вторинні норми отримують свою легітимність за рахунок того, що вони ухвалені на основі первинних норм. У цьому сенсі норми муніципального права – це сфера гарантування, тобто певна система правових норм, які легітимізують процеси локальної нормотворчості. З іншого боку, легітимність міського права виникає внаслідок визнання правил, які встановлюються в межах міста, судами та іншими суб'єктами права.

Легітимація міського права за рахунок визнання його обов'язковості в муніципальному праві дозволяє йому розвиватися у напрямку, відмінному від законодавчого регулювання місцевого самоврядування. Змістовне наповнення міського права визначається не державою, а мешканцями самого міста, що знаходить своє вираження у їх унікальних правових системах.

Висновки. Таким чином, сучасне міське право постає як цілісна легітимізована система, що формується на засадах функціонування територіальної громади міста, виражаючись в існуванні специфічних нормативів та цінностей, які формуються незалежно від держави та забезпечують за допомогою засобів, процедур та механізмів, які встановлюються публічною владою міста. На відміну від муніципального права, зміст, спрямованість та функціонування якого перебуває у прямій залежності від тенденцій розвитку правової системи конкретної держави, міське право усе більшою мірою набуває рис правової системи, що розвивається в контексті ідей правового плюралізму.

Література

1. Батанов О.В. Проблеми становлення та розвитку муніципального права: основні чинники та суспільно-політичні умови / О.В. Батанов // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 77–81.
2. Батанов О.В. Муніципальне право в умовах глобалізації / О.В. Батанов // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 3. – С. 84–88.
3. Галіахметов І.А. Парадигма муніципального права України / І.А. Галіахметов // Вісник Маріупольського державного університету. Сер.: Право. – 2013. – Вип. 5. – С. 91–97.
4. Муніципальне право України : підруч. / В.Ф. Погорілко, М.О. Баймуратов, Ю.Ю. Бальций [та ін.] ; За ред. М.О. Баймуратова. – 2-ге вид., доп. – К. : Правова єдність, 2009. – 720 с.
5. Демиденко В.О. Предмет правового регулювання муніципального права України / В.О. Демиденко // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2013. – № 3. – С. 125–131.
6. Батанов О.В. Феноменологія сучасного муніципального права / О.В. Батанов // Університетські наукові записки. – 2012. – № 1(41). – С. 188–195.
7. Шаповал В. Сутнісні характеристики місцевого самоврядування / В. Шаповал // Право України. – 2002. – № 3. – С. 48–54.
8. Борденюк В. Деякі аспекти співвідношення місцевого самоврядування, держави і громадянського суспільства в Україні / В. Борденюк // Право України. – 2001. – № 12. – С. 24–27.
9. Борденюк В.І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії / В.І. Борденюк. – К. : Парламентське видавництво, 2007. – 576 с.
10. Крусян А.Р. Публічно-самоврядна влада як інституціональна складова сучасного українського конституціоналізму / А.Р. Крусян // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – О. : Юрид. л-ра, 2011. – Вип. 61. – С. 16–25.
11. Корнієнко М. І. Муніципальне право України. Концептуальні та організаційно-правові питання : навч. посіб. / М. І. Корнієнко. – К. : Алерта, 2005. – 144 с.
12. Таболин В. В. Муниципальное городское право. Правовые и организационные основы деятельности органов местного самоуправления / В. В. Таболин, А. В. Корнев. – М. : Формула права, 2000. – 304 с.
13. Корнев А.В. К вопросу об исторических предпосылках формирования городского самоуправления и городского права / А.В. Корнев // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : материалы Международной

научно-практической конференции 28–29 ноября 2008 г. – СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. – С. 112–115.

14. Харт Х. Л. А. Концепція права / Х. Л. А. Харт ; пер. з англ. – К. : Сфера, 1998. – 236 с.

Анотація

Мельничук О.С. Міське та муніципальне право: концептуальні засади розмежування. – Стаття.

Стаття присвячена загальнотеоретичним засадам розмежування міського та муніципального права на основі визнання існування міської правової системи. Муніципальне право розглядається як галузь права, а міське право – як правова система. Обґрунтовується легітимність міського права як самостійного елементу правової реальності.

Ключові слова: міське право, муніципальне право, міська правова система, система права.

Аннотация

Мельничук О.С. Городское и муниципальное право: концептуальные основы разграничения. – Статья.

Статья посвящена общетеоретическим началам разграничения городского и муниципального права на основе признания существования городской правовой системы. Муниципальное право рассматривается как отрасль права, а городское право – как правовая система. Обосновывается легитимность городского права как самостоятельного элемента правовой реальности.

Ключевые слова: городское право, муниципальное право, городская правовая система, система права.

Summary

Melnychuk O.S. Urban and Municipal Law: Conceptual Grounds of Separation. – Article.

The article is devoted to general theoretical principles of delimitation of urban and municipal law based on the recognition of the existence of urban legal system. Municipal law is understood as a branch of law, and urban law as a legal system. Author grounds legitimacy of urban law as an independent element of legal reality.

Key words: urban law, municipal law, urban legal system, system of law.



УДК 342.4

І.І. Припхан

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії
держави і права
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету
«Одеська юридична академія»

ЗМІНИ ДО КОНСТИТУЦІЇ ЯК ІНСТРУМЕНТ ПОДОЛАННЯ СИСТЕМНОЇ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОЇ КРИЗИ В УКРАЇНСЬКІЙ ДЕРЖАВІ

21 лютого 2014 року Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» [1], яким фактично відновила дію Конституції України в редакції 2004 року з врахуванням змін від 1 лютого 2011 року та 19 вересня 2013 року. Таким чином політична система країни знову повернулася до парламентсько-президентського формату, який існував до 2010 р.

Незважаючи на відносну прихильність української політичної еліти та вітчизняних наукових кіл до тексту чинної Конституції України, зокрема його відповідність в більшій мірі сучасним суспільним відносинам, які істотно змінилися, порівняно з моментом його першого ухвалення в 1996 р., наявність формальних правових підстав вважати дещо незавершеною чинну конституційну модель зумовлюють потребу аналізу останньої реформованої редакції Основного Закону.

До причин конфліктності нинішнього варіанту Конституції варто зарахувати відсутність належного суспільно-політичного базису для обраної конституційної моделі. Зокрема це відсутність повноцінної партійної системи, недосконалий поділ влади, недостатня розвиненість громадянського суспільства, несприятливі для демократичного розвитку складові вітчизняної політичної культури, відсутність системних кроків у реформуванні політичної системи та низка інших факторів.

Зважаючи на ситуацію, що склалася сьогодні довкола Автономної Республіки Крим, а також Донецької і Луганської областей, першочерговим є проведення в Україні адміністративно-територіальної реформи. Тільки після цього варто впроваджувати відповідні конституційні зміни у частині перерозподілу повноважень між органами державної влади та місцевим самоврядуванням. Основною метою адміністративно-територіальної реформи є формування ресурсно забезпечених територіальних громад, які здатні ефективно вирішувати питання місцевого значення та надавати публічні послуги місцевому населенню на належному рівні.

Дана реформа не повинна обмежуватися лише зміною меж територіальних громад чи населених пунктів, а її слід розуміти як комплекс заходів, що передбачатимуть системну реформу територіальної організації влади в Україні, відповідні зміни у бюджетній, податковій сферах, регулюванні відносин власності, відносинах між органами місцевого самоврядування різних рівнів адміністративно-територіального устрою, між органами місцевого самоврядування та членами територіальних громад. Наслідком адміністративно-територіальної реформи має стати всебічна повноцінна реалізація основних принципів місцевого самоврядування, зокрема, правової, організаційної та матеріальної самостійності місцевого самоврядування, відповідальності органів місцевого самоврядування перед територіальними громадами, забезпечення доступності та якості надання публічних послуг населенню тощо.

Зважаючи на сепаратистські настрої, що панують сьогодні на значній частині території України, лейтмотивом адміністративно-територіальної реформи має стати перегляд функцій органів державної виконавчої влади у напрямі корекції державного регулювання різних сфер суспільних відносин, дерегулювання окремих з них, передачі більшої частини функцій органам місцевого самоврядування, розділення політичних та адміністративних посад, максимально можливе унезалежнення корпусу державних службовців від політичних змін, подальша професіоналізація чиновництва та удосконалення

антикорупційного законодавства.

У межах нинішньої конституційної моделі розширення повноважень представницької влади поряд із зростанням ваги партійного впливу на державно-правові відносини суттєво збільшують залежність кадрових змін від коливань політичної кон'юнктури. Тому однією з цілей адміністративної реформи є унеможливлення масових кадрових переміщень залежно від результатів виборів. При цьому, відбір державних службовців повинен здійснюватися не відповідно до їхньої партійної приналежності, а відповідно до їхніх професійних якостей та з урахуванням норм антикорупційного законодавства. Принципово важливим є здійснення означеної трансформації корпусу державних службовців і вступ в законну силу прийнятого ще у 2011 р. принципово нового Закону України «Про державну службу».

Лише після здійснення адміністративно-територіальної реформи доцільно переходити до змін у конституційному регулюванні місцевого самоврядування, уточнення місця цього інституту у політичній системі країни і власне до зміни конституційного регулювання діяльності органів державної влади.

Як пріоритетний вектор майбутніх змін конституційного регулювання діяльності органів влади, з огляду на динаміку розвитку українського суспільства та проголошений нашою державою курс на європейську інтеграцію, варто розглядати розширення повноважень представницьких органів влади за парламентсько-президентської республіки. При цьому ключовими принципами нової конституційної конфігурації відносин між органами влади мають стати: чітке розмежування повноважень між гілками державної влади та між державною владою і місцевим самоврядуванням; посилення контрольних функцій парламенту; оптимізація функціонального та компетенційного дуалізму між Президентом і Кабінетом Міністрів у сфері виконавчої влади з огляду на досвід європейських країн.

Важливою складовою змін у конституційному регулюванні державної влади є реформа судової системи України. На органи судової влади як складову політичної системи покладається важлива функція арбітражу у відносинах між різними гілками державної влади, між

органами державної влади та місцевого самоврядування тощо. Відповідно потребує уточнення механізм взаємовідносин між органами судової влади та Президентом, Верховною Радою та Кабінетом Міністрів, зокрема у напрямках чіткого розмежування сфер компетенції між органами судової, законодавчої, виконавчої влади, унеможливлення привласнення функцій судів іншими органами, забезпечення реальної незалежності усіх судів та суддів. На часі також розгляд питання про удосконалення Закону України «Про очищення влади» в контексті люстрації професійних суддів [2].

Актуальною проблемою в контексті подальших конституційних змін є удосконалення системи конституційного правосуддя, насамперед підвищення його якості. Мова йде, зокрема, про забезпечення виконання рішень Конституційного Суду, їхню прецедентність, удосконалення механізмів формування Конституційного Суду, зменшення його залежності від політичної кон'юнктури. Як не прикро, але саме Конституційний Суд своїм рішенням від 30 вересня 2010 року сприяв ескалації політико-правового конфлікту і дискредитував себе як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні. Так, Конституційний Суд фактично скасував своїм рішенням Конституцію України в редакції від 8 грудня 2004 р. і відновив дію положень Конституції України 1996 р. Таким чином, Конституційний Суд вийшов за межі своїх конституційних повноважень (ст. 148 Конституції України). Більше того, такі дії суперечать ст. 5, 6, 19 Конституції України. В діях Конституційного Суду прослідковуються явні ознаки узурпації влади та порушення конституційних норм, адже відповідно до ст. 6 Основного Закону органи влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (ст. 6 Конституції), а також порушення вимог ч. 2 ст. 19 Конституції України, оскільки «органи державної влади (в тому числі Конституційний Суд), їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України» [3].

Конституційний Суд не врахував також приписи п. 3 ч. 1 ст. 45 Закону «Про Конституційний Суд України», яким передбачена така підстава для відмови у відкритті конституційного провадження, як

«наявність рішення Конституційного Суду щодо конституційності аналогічного за змістом та юридичною силою акта, ухвали про відмову у відкритті такого провадження або ухвали про припинення провадження щодо такого акта» [4]. Справа в тому, що 5 лютого 2008 Конституційний Суд відмовив у відкритті провадження за поданням 102 народних депутатів України про визнання Закону України №2222-1У від 8.12.2004 р. «Про внесення змін до Конституції України» неконституційним. КСУ при цьому заявив, що «з набранням чинності Закону України №2222-1У 1.01.2006 р. його положення стали невід'ємною частиною Конституції України, а сам закон вичерпав свою дію» [5]. А вже 30.09.2010 р., незважаючи на своє рішення від 5.02. 2008 р. і застереження ст. 45 Закону про Конституційний Суд, орган конституційної юрисдикції за поданням вже 252 народних депутатів України виносить рішення, яким повністю руйнує конституційно-правове поле держави. Саме тому, реформування Конституційного Суду в напрямку удосконалення механізмів його формування та роботи є тим кроком, що вбереже правову систему України від антиконституційної квазілегітимності.

Водночас, разом з реформою інститутів державної влади потребує уваги і розвиток складових політичної системи, від яких безпосередньо залежить результативність політичної реформи. Політична реформа 2004 та 2014 рр. зробила політичні партії ключовим суб'єктом політичного процесу. Шкода, але політичні партії, що існують в Україні, виявилися не готовими до цієї ролі, далеко відстаючи від стандартів партійних систем країн розвиненої демократії за низкою параметрів: представництво інтересів соціальних груп, наявність стійкої суспільної підтримки, ідеологічна послідовність, розвинена внутрішньопартійна демократія, відтворення партійної еліти, реальна всеукраїнська підтримка тощо.

При цьому слід зауважити, що незалежно від напряму та конкретного змісту подальшого конституційного розвитку, рух України шляхом демократизації неминуче призводитиме до посилення ролі політичних партій у політичному процесі. Тому важливою передумовою успішного демократичного розвитку політичної системи України є розбудова партійної системи. Пріоритетними кроками державної політики в цій сфері мають стати: забезпечення прозорості фінансування

партій, сприяння розвитку внутрішньопартійної демократії, сприяння підвищенню дієвості партій, забезпечення прозорого державного і громадського контролю за додержанням партіями вимог профільного законодавства тощо.

Незважаючи на важливість партій для політичного життя країни, не менш вагомою передумовою успішних конституційних змін є дальший розвиток безпосередньої демократії через активізацію участі громадян у вирішенні суспільних проблем. Заходами державної політики у цій сфері, зокрема, мають бути: посилення гарантій механізмів прямої демократії, насамперед на місцевому рівні, впровадження дієвих інструментів реалізації різноманітних форм місцевої демократії, розвиток базового рівня місцевого самоврядування - органів самоорганізації населення, активізація залучення органами влади громадськості до вироблення та реалізації рішень, сприяння становленню громадських організацій як суб'єктів реалізації прямої демократії.

Важливим є питання якомога ширшого залучення населення до процесу ухвалення конституційних змін. Традиційною підставою для критики процедури конституційних змін була недостатня участь у ній суспільства та обмеженість кола суб'єктів конституційних змін. Світова практика знає такі можливі механізми розширення суспільної участі в конституційному процесі: 1. ухвалення повного тексту Конституції або її окремих частин на всенародному референдумі; 2. розробка та ухвалення Конституції спеціальним органом установчої влади – конституантою; 3. широкі громадські обговорення конституційних змін, розробка проекту конституційних змін інституціями громадянського суспільства та їх об'єднаннями.

Ухвалення повного тексту Конституції або змін до неї на всенародному референдумі не є поширеним в сучасній конституційній практиці країн Європи: традиційно суб'єктами розгляду конституційних змін є парламент, глава держави та орган конституційного правосуддя. З іншого боку, Конституція України чітко передбачає обов'язковість всеукраїнського референдуму в разі внесення змін до певних її розділів.

Що ж стосується конституанти, то зазвичай вона скликається у

випадках, коли ухвалення конституції відбувається в умовах гострих суспільно-політичних криз, втрати легітимності основними інститутами державної влади, які, внаслідок цього не можуть повноцінно виконати роль суб'єкта конституційних змін. Тоді створюється конституційна рада (конституційна асамблея) – інститут з новою легітимністю, який представляє інтереси більшості суспільства. В умовах більш-менш стабільної суспільно-політичної ситуації до послуг конституюнти не звертаються.

В Україні в ролі конституюнти виступала Конституційна Асамблея. Зважаючи на гостру політичну кризу в державі на початку 2014 року і дискредитацію своєї діяльності через підтримку окремими членами Конституційної Асамблеї дій і рішень колишнього Президента В.Януковича, координаційне бюро Конституційної Асамблеї 15 липня 2014 року прийняло рішення щодо припинення діяльності Конституційної Асамблеї. Основними проблемами, які розглядали члени асамблеї було мовне питання, питання збільшення прав для окремих регіонів, питання автономної республіки Крим та багато інших гострих для України питань, але реальні пропозиції в цих сферах не були розроблені вчасно.

Таким чином, як основний механізм участі громадськості у зміні Конституції України на сучасному етапі слід розглядати широке громадське обговорення можливих варіантів трансформації Основного Закону, зокрема на рівні експертної спільноти. Розширення впливу суспільства на процес здійснення конституційних змін безперечно сприятиме підвищенню якості нової конституції та забезпеченню її легітимності. З іншого боку, механізми залучення громадськості до формування проекту нової Конституції (конституційних змін) зі свого боку потребують відповідної легітимації, мають відповідати наявному правовому полю.

Утім, слід взяти до уваги, що запорукою успішності процесу удосконалення тексту Конституції, його позитивного впливу на розвиток країни є утвердження в українському суспільстві культури поваги до Конституції, набуття нею реального статусу Основного Закону держави. Лідерами цього процесу мають бути, безсумнівно, органи державної

влади, ставлення яких до Конституції значною мірою визначатиме ставлення до Основного Закону з боку суспільства.

Значною мірою на те, яким буде подальший конституційний розвиток в Україні впливають особливості соціально-економічного та соціально-політичного розвитку українського суспільства. Конфронтаційний характер політичних відносин у сучасній Україні зумовлений, в тому числі неврегульованістю відносин власності, незакінченістю процесу великої приватизації, відсутністю відповідного європейським правовим стандартам ринку землі і, загалом, недостатньою реалізованістю конституційного принципу верховенства права. Основною метою більшості політичних сил є боротьба за безпосередній контроль над наявними економічними ресурсами, чим, до речі, значною мірою зумовлений і переважно персоналістський характер партійної системи України та авторитарність партійних структур. Встановлення прозорих загальнообов'язкових правових стандартів, правил економічної поведінки є важливими передумовами успішності конституційного розвитку в Україні і мають передувати власне внесенню змін до Конституції України.

Підсумовуючи, можна зазначити, що попри надзвичайну велику значущість конституційних норм для закріплення фундаментальних цілей подальшого розвитку суспільства і держави не варто забувати про розбіжності між юридичною, політичною та фактичною конституціями в транзитних системах. Як зазначають дослідники в серії конституційного права, питання дієвості норм Конституції полягає значною мірою в тому, що «норми юридичної конституції можуть залишатися за межами діяльності суб'єктів державно-політичних відносин владарювання, що вимагає не змін до конституції, а її захисту» [6, с. 27]. Отож, для того, щоб реформування Конституції України було успішним, відповідні зміни мають супроводжуватися одночасним реформуванням усіх складових вітчизняної політичної системи, оскільки конституційні зміни не можуть бути успішними без створення для них належного інституціонального й інституційного підґрунтя.

Література

1. Про відновлення дії окремих положень Конституції України: Закон України від 21 лютого 2014 р. // Відомості Верховної Ради України від 14.03.2014. – 2014. – №11. – Стор. 730. – Ст. 143.
2. Про очищення влади Закон України від 17 листопада 1992 р. // Голос України від 15.10.2014. – №198.
3. Конституція України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр>.
4. Про Конституційний Суд України: Закон України від 21 лютого 2014 р. // Відомості Верховної Ради України від 03.12.1996. – 1996. – №49. –Ст. 272.
5. Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 102 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про внесення змін до Конституції України", Закону України "Про внесення змін до розділу IV "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про Конституційний Суд України": Ухвала Конституційного Суду України від 5 лютого 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/va06u710-08>
6. Кафарський В.І. Концепти конституції у правовій і політичній науці / Володимир Іванович Кафарський // Політичний менеджмент . – 2010. – № 4. – С. 25-34.

Анотація

Припхан І.І. Зміни до Конституції як інструмент подолання системної політико-правової кризи в Українській державі. – Стаття.

У статті автор аналізує зміни до Конституції України від 21 лютого 2014 року. Зокрема, акцентує увагу на проблемних сферах конституційного регулювання та подає власне бачення шляхів вирішення означеної проблеми.

Ключові слова: Конституція, реформування, політична система, гілки влади, місцеве самоврядування.

Аннотация

Припхан И.И. Изменения в Конституции как инструмент преодоления системного политико-правового кризиса в украинском государстве. – Статья.

В статье автор анализирует изменения в Конституцию Украины от 21 февраля 2014 года. В частности, акцентирует внимание на проблемных сферах конституционного регулирования и подает свое видение путей решения этой проблемы.

Ключевые слова: Конституция, реформирование, политическая система, ветви власти, местное самоуправление.

Summary

Prypkhan I.I. Amendments to the Constitution as a Tool to Overcome the Political and Legal Crisis in the Ukrainian State. – Article.

The author examines the changes to the Constitution of Ukraine of the 21st of February 2014 in the article. In particular, focuses on the problem areas of constitutional regulation and presents her own vision of the solution ways of the abovementioned problem.

Key words: Constitution, reform, political system, branches of government, local government.



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

УДК 347.63

Н.М. Басай

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін університету економіки
та права «КРОК»

ПОНЯТТЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

Допоміжні репродуктивні технології є досить важливим досягненням людства та дозволяють боротися з такою розповсюдженою проблемою як безпліддя. Серед різноманітних методів допоміжних репродуктивних технологій вагоме місце посідає сурогатне материнство, відносно новий метод, заснований на ЕКЗ (екстракорпоральному заплідненні), тобто зачаття поза тілом людини і майбутнім переносом заплідненої яйцеклітини (зиготи) в матку іншої жінки.

Українське законодавство визначає походження дитини, народженої із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Проте самого визначення поняття «сурогатне материнство» в праві немає. Серед науковців також точаться дискусії щодо однозначного визначення сурогатного материнства.

Ю. Терешко у своїй статті «Діти на замовлення» визначає сурогатне материнство як штучне запліднення, імплантація ембріона, а також виношування дитини для подружньої пари, якій дитина буде генетично рідною, а для жінки, що виношує її – «біологічно чужою» [1].

На думку Є.А. Іваєвої, поняття «сурогатне материнство» слід сформулювати як процес зачаття шляхом ЕКЗ (поза тілом жінки), виношування та народження дитини з ціллю передачі її іншими людям. Проте, дане визначення, як зазначає Т.Е. Борисова, не конкретизує, кому саме в подальшому буде передана дитина, що надає йому певну розмитість. Адже нерідко бувають випадки, коли жінка, що виношує дитину, має намір після її народження відмовитись від неї, передавши її

іншим людям. Однак ці відносини не є названі сурогатним материнством. Окрім того, говорячи, що під сурогатним материнством мається на увазі виношування та народження дитини, не розглядається програма сурогатного материнства, що невдало закінчилася [2].

Ю.В. Павлова визначає сурогатне материнство, як вид допоміжних репродуктивних технологій, заснований на ЕКЗ з наступним перенесення заплідненої яйцеклітини в матку жінки, для виношування та народження дитини для людей, що мають право на застосування програми сурогатного материнства [2]. У цьому визначенні автор окреслив досить вагомий аспект сурогатного материнства – дитина виношується та народжується виключно для людей, що мають право участі в програмі. Адже даний спосіб допоміжних репродуктивних технологій дозволений для використання не будь-якій особі. Участь осіб у даній програмі здійснюється через «фільтр» показань, що дають їм можливість отримати потомство саме таким способом. Проте, у визначенні, опущені певні моменти, що супроводжують реалізацію даної програми, а саме: волевиявлення конкретної подружньої пари стати батьками, чи наявність домовленості між сурогатною матір'ю і конкретною подружньою парою, що являється одним із вагомих моментів даних відносин [2].

На думку Т.Е. Борисової, сурогатне материнство слід визначати як метод допоміжних репродуктивних технологій, при якому жінка, на основі договору з особами, що звернулися за її послугами, проходить процедуру імплантації ембріона, що був створений на основі екстракорпорального запліднення, виношує дитину з ціллю народити і передати її вище згаданим особам. При цьому поняття «сурогатне материнство», на думку науковця, повинні поширюватися і на випадки, коли досягнути вказаної цілі не вдається [3].

Ю.Ю. Таланов сурогатне материнство розглядає як запліднення генетично сторонньої жінки (без використання її біологічного матеріалу) шляхом імплантації або трансплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу чоловіка та жінки, які перебувають у шлюбі з метою виношування і народження дитини, яка надалі буде визнана такою, що походить від подружжя, на підставі відповідного договору між

подружжям і сурогатною матір'ю [4, с. 361].

А.В. Майфат визначає даний метод допоміжних репродуктивних технологій, як реалізовану на основі договору про сурогатне материнство, імплантацію ембріона жінці, виношування ембріона і народження дитини для осіб, що мають право на використання допоміжних репродуктивних технологій і надали згоду на імплантацію ембріона сурогатній матері [5].

Отже, аналізуючи вищенаведені погляди, сурогатне материнство можна розглядати як реалізовану на взаємній домовленості осіб, що мають право на використання даного методу ДРТ, імплантацію ембріона, який належить подружжю та був створений в результаті екстракорпорального запліднення, з метою виношування та народження дитини, з наступною передачею її відповідним особам.

Опираючись на наведене визначення, можна виділити такі основні ознаки сурогатного материнства:

1. Наявність взаємної домовленості осіб, що беруть участь у програмі сурогатного материнства.

Конститутивною ознакою сурогатного материнства, як зазначає М.В. Антокольська, є укладення, до моменту зачаття дитини, договору про виношування дитини сурогатною матір'ю, з метою подальшого встановлення батьківських правовідносин між цією дитиною та особами, що уклали даний договір із сурогатною матір'ю. При цьому істотне значення має те, що договір повинен укладатися саме до моменту зачаття дитини, оскільки, безумовно, договір про уступку вже зачатої або народженої дитини повинен визнаватися нікчемним, як такий, що суперечить моральним засадам суспільства [6].

Договір про сурогатне материнство породжує два види відносин, які виникають між сурогатною матір'ю та подружжям: особисті немайнові та майнові. Даний договір не належить до жодного з відомих законодавцю видів приватноправових договорів, оскільки є дійсно непоіменованим договором, незакріпленим в законодавстві. За своїми ознаками цей договір є взаємним, консенсуальним, оплатним або безоплатним, ризиковим, особисто довірчим, строковим дво- або багатостороннім правочином із сурогатного материнства. Також важливим моментом є форма договору, що повинна застосовуватися. Зважаючи на те, що цим

договором регулюються досить суттєві відносини щодо життя, здоров'я, майбутнього дитини, то, звичайно, доцільно укласти його у письмовій, нотаріально засвідченій формі [4].

2. Можливість участі у даній програмі виключно осіб, що мають на це право.

Згідно з Наказом МОЗ України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні», для проведення програми сурогатного материнства необхідна наявність ряду медичних показань, і тільки [7]. Отже, будь-яка особа, виключно за власним бажанням, без належних показань, не може бути учасником даного методу ДРТ.

Окрім того, згідно законодавством, на стороні «замовників» можуть бути тільки чоловік та жінка, які перебувають у шлюбі. Саме через це, на сучасному етапі розвитку програм сурогатного материнства, виникає безліч питань. А саме: чи можуть бути учасниками програми жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі; чи може бути надана дана послуга самотній жінці чи чоловіку тощо.

Відповідно, і сурогатною матір'ю може бути не будь-яка жінка. До даної кандидатури законодавство висуває наявність чітких вимог, а саме: повноліття, дієздатність, наявність власної здорової дитини.

3. Факт зачаття шляхом ЕКЗ з наступною імплантацією ембріона.

Згідно з Наказом МОЗ України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні», допоміжні репродуктивні технології – це методики лікування безпліддя, за яких маніпуляції з репродуктивними клітинами, окремі або всі етапи підготовки репродуктивних клітин, процеси запліднення і розвитку ембріонів до перенесення їх у матку пацієнтки здійснюється *in vitro*. *In vitro* – це техніка виконання експерименту чи інших маніпуляцій у спеціальному лабораторному посуді або у контрольованому середовищі, поза живим організмом. Під «перенесенням» слід розуміти імплантацію ембріона з пробірки у порожнину матки сурогатної матері [7].

Окремими науковцями окрім поняття «імплантація ембріона», що використовується в нормативно-правових актах, наводиться ще один

спосіб перенесення ембріона до сурогатної матері – трансплантація. Трансплантація ембріона – це перенесення заплідненої яйцеклітини з організму однієї жінки в організм іншої, де і відбувається виношування плоду [8].

4. Ембріон, що використовується для реалізації даного методу ДРТ повинен належати подружжю.

Наказом МОЗ «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» затверджено, що подружжя (або один з майбутніх батьків), в інтересах якого здійснюється сурогатне материнство повинно (повинен) мати генетичний зв'язок з дитиною [7].

Використання генетичного матеріалу подружжя є однією з основних умов сурогатного материнства. З огляду на це, можна виділити 3 варіанти сурогатного материнства, а саме:

- 1) використання яйцеклітини дружини і сперми чоловіка;
- 2) використання яйцеклітини дружини і сперми донора;
- 3) використання яйцеклітини донора і сперми чоловіка.

Існує ще один спосіб сурогатного материнства, що заборонений в Україні. Полягає він в тому, що подружжя придбаває яйцеклітини і сперматозоїди анонімних донорів, тим самим стаючи їх власниками, і в подальшому, відповідно, і власниками ембріона, що переноситься сурогатній матері [4].

Згідно з вище зазначеним Наказом МОЗ, сурогатна мати, навпаки, не повинна мати генетичного зв'язку з дитиною. Дане положення дозволяє уникати плутанини у визначенні батьківства, а також зачіпає певні психологічні аспекти реалізації даної програми.

На думку А.В. Майфата, використання в сурогатному материнстві яйцеклітини сурогатної матері і сперми чоловіка (тобто майбутнього батька), є припустимим лише тоді, коли запліднення відбувається не в тілі жінки, а в лабораторних умовах [5].

5. Основна мета здійснення сурогатного материнства повинна полягати у виношуванні та народженні дитини, і тільки.

Незважаючи на численну кількість противників даного методу допоміжних репродуктивних технологій, що називають його аморальним

та негуманним, кінцева мета даної програми досить таки гуманна – народження нового життя. Це єдина і конкретна ціль, що повинна реалізовуватися учасниками методу сурогатного материнства. Переслідування будь-яких інших цілей в даному випадку недопустима.

У Сімейному кодексі зазначається, що у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування ДРТ, батьками дитини є подружжя [9]. Сурогатне материнство передбачає народження дитини саме для подружжя, повної сім'ї (чоловіка та жінки) [10]. Однак, зважаючи на реалії життя, не важко передбачити виникнення ситуації, коли подружжя, «що замовило дитину», відмовилось від неї, загинули тощо. На жаль, вітчизняне законодавство дані ситуації не регулює.

Варто зазначити, що репродуктивні правовідносини досить таки багатогранні по своїй природі і вимагають значної уваги з боку суспільства та держави. На даний час, вітчизняне законодавство в сфері правового регулювання застосування репродуктивних технологій потребує значного вдосконалення теоретичних та процедурних прогалин. Необхідне закріплення визначення поняття «сурогатне материнство» з правової точки зору, внесення змін до Сімейного кодексу, а також прийняття відповідного закону, що б відрегулював безліч відносин пов'язаних з реалізацією даного методу репродуктивних технологій, що на даний час існують поза правовим полем.

Література

1. Терешко Ю. Дети на заказ. / Ю.Терешко. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=21607>.
2. Самойлова В.В. Суррогатное материнство как правовой институт. / В.В. Самойлова. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://teoria-practica.ru/rus/files/arhiv_zhurnala/2014/4/yurisprudentsiya/samoylova.pdf
3. Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в РФ. Проблемы теории и практики. / Т.Е. Борисова. – М: Проспект, 2012. – 144 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://aleksejev.ru/materials/1280/25486/?p=18>.
4. Таланов Ю.Ю. Актуальні проблеми сурогатного материнства в законодавстві України / Ю.Ю. Таланов // Вісник ХНУВС. – 2012. Випуск № 1 (56). – С. 360-368.
5. Майфат А. В. Суррогатное материнство и иные формы репродуктивной

деятельности в новом Семейном кодексе Российской Федерации / А. В. Майфат // Юридический мир. – 2000. – № 2. – С. 19-33.

6. Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. / Жилінкова І. В., Антошкіна В. К., Дячкова Н. А. та ін. ; за ред. Жилінкової І. В. – Х. : Ксилон, 2008. – 855 с.

7. Про затвердження порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій : Наказ МОЗ України від 09.09.2013р. – Електронний ресурс . – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n105>.

8. Кухар А. О. Юридичні аспекти застосування сурогатного материнства / Кухар А. О. // Держава і право. – Вип. 49. – 2010. – С. 314–321.

9. Сімейний кодекс України від 10.01.2002. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

10. Основи законодавства про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=2801-12>.

Анотація

Басай Н.М. Поняття сурогатного материнства. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню поняття сурогатного материнства. Подано пропозицію щодо визначення даного методу допоміжних репродуктивних технологій з правової точки зору. На основі аналізу наведеного визначення, виділено основні ознаки, що притаманні сурогатному материнству.

Ключові слова: сурогатне материнство, репродуктивні технології, подружжя, донор.

Аннотация

Басай Н.М. Понятие сурогатного материнства. – Статья.

Статья посвящена исследованию понятия сурогатного материнства. Сделано предложение относительно определения данного метода вспомогательных репродуктивных технологий с правовой точки зрения. На основе анализа приведенного определения, выделены основные признаки, присущие сурогатному материнству.

Ключевые слова: сурогатное материнство, репродуктивные технологии, супруги, донор.

Summary

Basai N.M. The Concept of Surrogacy. – Article.

The article investigates the concept of surrogacy. The proposal is posted to determine the method of assisted reproductive technologies legally. On the basis of this definition, the author highlights the main features of surrogacy.

Key words: surrogacy, reproductive technology, couples, donor.



УДК 347.1

Олег Вікторович Басай

доктор юридичних наук, доцент
голова Київського окружного
адміністративного суду

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Загальні засади цивільного законодавства є його основоположними нормами загального характеру, які мають важливе значення для всієї цивілістичної науки та практики. Тобто, вони є вихідними положеннями при регулюванні цивільних відносин, вимогами, які ставляться до практичного забезпечення правового статусу усіх учасників цивільних відносин. Їхнє значення полягає в тому, що вони формують усю галузь цивільного права, визначають зміст цивільно-правових норм, галузеві особливості правового регулювання, сприяють однорідності розуміння суті цивільно-правових норм, їх єдиному застосуванню та вимагають глибокого усвідомлення.

Проведення сучасних соціально-економічних та політико-правових реформ також свідчить про актуальність дослідження цього питання хоча б тому, що вони дещо змінюють розуміння суті загальних засад цивільного законодавства як в Україні, так і в Російській Федерації. Така ситуація свідчить про безумовну доцільність дослідження даної правової категорії.

Загальні засади цивільного законодавства досліджувалися в радянський період та продовжують досліджуватися в даний час. Питання загальних засад цивільного законодавства України та Російської Федерації досліджували такі вчені-цивілісти: Н.П. Асланян, Н.Ю. Голубєва, О.Г. Комісарова, А.В. Луць, О.А. Кузнєцова, В.П. Паліюк, Г.В. Сverdлик, Є.О. Харитонов, С.І. Шимон, Р.Б. Шишка та інші. Слід відзначити, що Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) та

Цивільний кодекс Російської Федерації (далі – ЦК РФ) в цілому однаково визначають загальні засади цивільного законодавства. Відмінності щодо загальних засад цивільного законодавства між ними мають більше фразеологічний характер, окремі засади відмінні ширшим чи вужчим їх змістом у зазначених кодексах. Тому слід зробити їх порівняльно-правовий аналіз та вказати відмінності між ними.

Перелік загальних засад цивільного законодавства України закріплений ст. 3 ЦК України «Загальні засади цивільного законодавства», відповідно до якої до них належать:

1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;

3) свобода договору;

4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;

5) судовий захист цивільного права та інтересу;

6) справедливість, добросовісність та розумність [1].

Загальні засади цивільного законодавства Російської Федерації передбачені ч. 1 ст. 1 ЦК РФ «Загальні засади цивільного законодавства», згідно з якою до них належать:

1) рівність учасників цивільних правовідносин;

2) недоторканість власності;

3) свобода договору;

4) недопустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

5) забезпечення безперешкодного здійснення цивільних прав;

6) забезпечення відновлення порушених прав, їх судовий захист.

На уточнення зазначених засад ч. 2 ст. 1 ЦК РФ визначає, що громадяни (фізичні особи) та юридичні особи набувають та здійснюють свої цивільні права за власною волею та на власний розсуд. Вони вільні у встановленні своїх прав і виконанні обов'язків на основі договору та у виборі будь-яких умов договору, які не суперечать законодавству. Цивільні права можуть бути обмежені на основі федерального закону і лише у тій мірі, в якій це необхідно з метою захисту основ

конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави [2].

Товари, послуги та фінансові засоби вільно переміщуються по всій території Російської Федерації. Обмеження переміщення товарів та послуг можуть бути введені відповідно до федерального закону, якщо це необхідно для забезпечення безпеки, захисту життя та здоров'я людей, охорони природи та культурних цінностей (ч. 3 ст. 1 ЦК РФ) [2].

Очевидно, що загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації практично тотожні. На перший погляд, їхня відмінність полягає у фразеологічному закріпленні їх назв та послідовності викладу. Проаналізуємо кожну з них.

1. Неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини (ч. 1 ст. 3 ЦК України [1], ч. 1 ст. 1 ЦК РФ [2]). Ця засада означає вимогу забезпечення свободи особистості, можливість індивіда визначити тип і характер поведінки, своє місце в суспільстві, у системі цивільних відносин на власний розсуд. Відповідно до цього, ніхто, крім випадків, передбачених актами цивільного законодавства, не може свавільно втручатися у приватні справи (фізичної або юридичної особи). Зокрема, охороняється таємниця особистого життя, стану здоров'я тощо (ст. ст. 278, 286, 301, 306 ЦК України [1], ст. ст. 12, 151 ЦК РФ [2]).

2. Неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом (ч. 1 ст. 3 ЦК України) [1] (недоторканість власності (ч. 1 ст. 1 ЦК РФ) [2]) означає, що правова охорона власності забезпечується усім власникам, незалежно від її форм та видів. Власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном, які він здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав, а держава не втручається у їх здійснення. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності чи обмежений у його здійсненні (ст. ст. 316, 317, 319, 321 ЦК України) [1].

Наведений принцип конкретизує конституційні положення. Зокрема, відповідно до ст. 13 Конституції України (далі - КУ), усі суб'єкти права

власності рівні перед законом, держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання. Відповідно до ч. 3 ст. 41 КУ, ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право власності є непорушним [3].

Аналогічний зміст цієї засади закріплює законодавство Російської Федерації. Так, згідно ч. 2 ст. 6 та ч. 3 ст. 35 Конституції Російської Федерації, ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як за рішенням суду, прийнятим на загальних підставах.

Аналогічно визначено ст. ст. 350-354 ЦК України, власник може бути позбавлений свого права, наприклад, у випадку реквізиції, конфіскації майна, та в інших випадках, передбачених кодексом. Це також відповідає положенням Конституції України, відповідно до якої, примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі, в порядку та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається в умовах воєнного чи надзвичайного стану (ч. 4 ст. 41) [1]. Згідно ч. 5 ст. 41 Конституції України, конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та в порядку, встановлених законом. Отже, випадки позбавлення власника його права безпосередньо визначені законом для запобігання можливих зловживань з боку владних органів [2].

Глава 15 ЦК РФ «Припинення права власності» з цього приводу передбачає випадки, коли за рішенням суду допускається примусове припинення права власності (ст. 235) [2]. Примусове вилучення у власника майна проводиться з виплатою відшкодування за рішенням суду, а при вчиненні злочину або іншого тяжкого правопорушення – безоплатно шляхом конфіскації (ст. 243) [2].

3. Свобода договору (ч. 1 ст. 3 ЦК України [1], ч. 1 ст. 1 ЦК РФ [2]) полягає у визнанні за суб'єктами цивільного права можливості укладати договори (або утриматися від їх укладення) і визначати їх зміст на свій розсуд відповідно до досягнутої з контрагентом домовленості. Свою конкретизацію цей принцип знаходить у ст. 626 ЦК України, відповідно

до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог актів законодавства, звичаїв ділового оборону, вимог розумності та справедливості [1].

Принцип свободи договору встановлює свободу в договірних відносинах: свободу вибору контрагентів, свободу укладення договору певного виду, свободу при визначенні умов договору. Причому, сторони можуть укладати не тільки ті договори, які передбачені актами цивільного законодавства, а й договори, у яких містяться елементи різних договорів (змішані договори – ч. 2 ст. 628 ЦК України) [1].

Свобода договору може бути обмежена лише для захисту більш слабкої сторони або для захисту публічних інтересів. Наприклад, ст. 633 ЦК України закріплюється необхідність встановлення рівних умов для всіх споживачів у публічних договорах.

Свобода договору характеризується також ст. 424 ЦК РФ «Свобода договору» [2], проявом якої є наявність у ньому великої кількості диспозитивних норм, від яких сторони за домовленістю можуть відступати.

Однак свобода договору не виключає встановлення в окремих випадках обов'язку укласти договір. Наприклад, якщо він відноситься до числа публічних (ст. 246 ЦК РФ), а також при виконанні поставок і послуг для державних потреб (ст. 445 ЦК РФ). Згідно п. п. 1 і 2 ст. 445 ЦК РФ, обов'язок укласти договір може бути введений лише ЦК РФ чи іншими законами [2].

Деякі умови договорів можуть бути визначені для сторін обов'язковими (імперативними) нормами цивільного законодавства (ст. 422 ЦК РФ). Імперативний характер цивільно-правових норм може бути обумовлений як суспільними інтересами (п. 2 ст. 1 ЦК РФ), так і інтересами третіх осіб і недопустимістю випадків зловживання правом в усіх його формах (п. 1 ст. 10 ЦК РФ) [2]. Свобода договору в умовах ринку підпорядковується загальному правилу, згідно якого забороняється використовувати право в цілях обмеження конкуренції та зловживання домінуючим положенням на ринку (п. 1 ст. 10 ЦК РФ) [2].

4. Принцип свободи підприємницької діяльності (ч.1 ст. 3 ЦК

України) [1]. Відповідно до законодавства України, підприємництво може здійснюватися в будь-яких організаційних формах, передбачених законом.

При цьому, суб'єкти підприємницької діяльності мають право на власний розсуд приймати рішення і здійснювати будь-яку діяльність, що не суперечить законодавству, відповідно до потреб ринку зі збереженням комерційної таємниці тощо. Але при цьому у сфері підприємницької діяльності повинен бути встановлений баланс свободи суб'єктів такої діяльності і методів регулювання останньої з боку відповідних державних органів. Інакше кажучи, баланс дозволів і заборон з тим, щоб унеможливити не тільки необґрунтовані перевірки і безпідставне втручання у підприємницьку діяльність органів державної влади, а й унеможливити утворення монопольного становища будь-якого з суб'єктів вказаної діяльності, не допустити обмеження конкуренції, що може негативно вплинути на інтереси споживачів і суспільства в цілому. В російському законодавстві цей принцип окремо не виділений, тому що згідно ЦК РФ він становить частину принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини та виражається у закріпленні можливості самостійного вибору підприємницької діяльності, яка здійснюється на ризик її суб'єктів [2].

5. Засада судового захисту цивільного права та інтересу (ч. 1 ст. 3 ЦК України) [1] (забезпечення відновлення порушених прав, їх судовий захист (ч. 1 ст. 1 ЦК РФ) [2]. В Україні ця засада ґрунтується, передусім, на положенні Конституції України, згідно з яким правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, юрисдикція яких поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції України) [3]. При цьому судовий захист можливий як щодо тих цивільних прав, що прямо вказані у ЦК України, так і відносно тих, що впливають з норм Конституції України чи іншого закону (Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 р. № 9) [5]. Судам підвідомчі усі спори про захист прав і свобод фізичних осіб. Суд не має право відмовити особі в прийнятті позовної заяви або скарги, наприклад, на тій підставі, що його вимоги можуть бути захищені в іншому порядку. Проте, реалізація

принципу судового захисту цивільного права та інтересу не означає встановлення вимоги звернення за захистом виключно до суду. Так, згідно зі ст. 17-19 ЦК України захист цивільних прав та інтересів може здійснюватися органами державної влади, органами місцевого самоврядування, нотаріусом, а також власними силами у порядку самозахисту. Спір про порушене цивільне право може бути вирішений також третейськими судами, які створюються за домовленістю суб'єктів відповідних цивільних відносин [1].

Так само за законодавством Російської Федерації забезпечення відновлення порушених прав досягається за допомогою різних способів їх захисту, які закріплені ст. 12 ЦК РФ [2]. Серед таких засобів визнання права, присудження до виконання обов'язків в натурі, відшкодування завданих збитків тощо. Цивільне законодавство вимагає відновлення порушених прав в натурі (ст. 396, 1082 ЦК РФ), однак, якщо це виявляється неможливим, воно зобов'язує боржника відшкодувати завдані збитки (ст. 15, 393 ЦК РФ), в тому числі моральні (ст. 151 ЦК РФ), що має забезпечувати відновлення прав потерпілого [2].

Більшість засобів захисту цивільних прав застосовуються в силу вказівок закону і для їх використання не потрібно угоди сторін. Однак цивільному праву відомі й такі способи відновлення порушених прав, які застосовуються зазвичай при наявності взаємної домовленості (застава, неустойка, порука, завдаток) і регламентуються нормами гл. 23 ЦК РФ. У цих випадках сторони самі визначають форму обраного ними забезпечення і його сумову чи інше вираження [2].

З метою забезпечення відновлення порушених прав використовується також інститут майнового і особистого страхування (гл. 48 ЦК РФ), яке може бути засноване на вимогах закону або ж умовах укладеного сторонами договору страхування. У цьому останньому випадку обсяг захисту (розмір страхового відшкодування) визначає страхувальник [2].

ЦК РФ передбачає також ряд заходів забезпечувального характеру, спрямованих на захист грошових зобов'язань, схильних несприятливого впливу інфляційних процесів. Згідно ст. 317 ЦК РФ допускається вираз

еквівалента рублевого грошового зобов'язання в іноземній валюті або умовних грошових одиницях, а за п. 3 ст. 343 ЦК РФ, відшкодування збитків провадиться виходячи з цін, що існують у день винесення рішення [2].

Судовий захист цивільних прав надається громадянам та юридичним особам в якості універсального способу захисту їх прав, що забезпечує незалежність винесених по спорах рішень і гласність розгляду, а також дозволяє громадянам та юридичним особам залучати для захисту своїх інтересів адвокатів. У тих випадках, коли захист цивільних прав здійснюється в адміністративному порядку, винесене рішення може бути оскаржене до суду, рішення якого є обов'язковим (п. 2 ст. 11 ЦК РФ) [2].

6. Засада справедливості, добросовісності та розумності (ч. 1 ст. 3ЦК України) [1]. Ця засада окремо не передбачена ЦК РФ, однак є зрозумілою з інших засад цивільного законодавства. Вимога справедливості, добросовісності та розумності цивільного законодавства практично виражається у встановленні його нормами рівних умов для участі усіх осіб у цивільних відносинах; закріпленні можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу; поєднання створення норм, спрямованих на забезпечення реалізації цивільного права, з врахуванням прав та інтересів інших осіб, моралі суспільства тощо [6, с. 10-11].

На думку Т. Фулей, принцип справедливості означає визначення нормою права обсягу, меж здійснення та захисту цивільних прав і обов'язків особи адекватно її ставленню до вимог правових норм. При цьому елементами змісту принципу справедливості є еквівалентність в обміні, виконання взятих перед контрагентом зобов'язань, відшкодування шкоди за

наявності вини заподіювача, утримання від посягань на чуже надбання, повернення майна власникові, відповідність юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню [7, с. 26].

Добросовісність означає прагнення сумлінно захистити цивільні права та забезпечити виконання цивільних обов'язків. З давніх часів вона застосовується при вирішенні віндикаційного позову [8, с. 43].

Розумність – це зважене вирішення питань регулювання цивільних

відносин з урахуванням інтересів усіх учасників, а також інтересів громади (публічного інтересу). Розумність у цивільному праві України має відношення лише до строку (терміну виконання певних дій) [9, с. 20].

В ЦК РФ окремо закріплена ще одна засада - забезпечення безперешкодного здійснення цивільних прав (ч. 1 ст. 1) [2]. Безперешкодне здійснення цивільних прав ґрунтується на положеннях ч. 1 ст. 34 Конституції РФ, згідно з якою кожен має право на вільне використання своїх здібностей і майна для підприємницької та іншої не забороненої законом економічної діяльності, а також ч. 1 ст. 44 Конституції РФ, в силу якої кожному гарантується свобода літературної, художньої, наукової, технічної та інших видів творчості, викладання [4]. Проте законом передбачаються певні обмеження при безперешкодному здійсненню цивільних прав. Так, може бути обмежена або заборонена діяльність, спрямована на обмеження конкуренції або така, що полягає у зловживанні домінуючим становищем на ринку. Неприпустимі дії громадян і юридичних осіб здійснюються виключно з наміром заподіяти шкоду іншій особі, так само як і зловживання правом в інших формах (ст. 10 ЦК РФ) [2].

На думку окремих авторів, зокрема, С.А. Степанова [10, с. 5], ч. 3 ст. 1 ЦК РФ передбачає ще одну загальну засаду цивільного законодавства - вільне переміщення по території Російської Федерації товарів, послуг і фінансових засобів, необхідних для розвитку ринкових відносин і здорової конкуренції [2], прийнята на основі ч. 1 ст. 8 Конституції РФ [4]. Введення обмежень у цій галузі слід відрізнити від оборотоздатності об'єктів цивільних прав, яка в силу ст. 129 ЦК РФ може бути обмежена законом або в порядку, встановленому кодексом, і тим самим певною мірою впливати на вільне переміщення окремих майнових об'єктів [2]. Свобода переміщення товарів, послуг і фінансових коштів не виключає також встановлення в порядку, передбаченому транспортним законодавством, обмежень або тимчасових заборон на перевезення вантажів у певних напрямках, якщо це здійснюється в суспільних інтересах. Рух валютних цінностей визначається Федеральним Законом «Про валютне регулювання і валютний контроль» [11].

Проаналізувавши всі зазначені засади цивільного законодавств можна зробити наступні висновки. Загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації, в основному, є однаковими. Їх основна відмінність є суто фразеологічною, але зміст засад, незалежно від формулювання їх назв, залишається тим самим. Одна з технічних відмінностей полягає у послідовності їх викладу у згаданих кодексах, але вона також не міняє їх суті. Деякі загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації мають дещо ширший зміст, а деякі дещо вужчий (наприклад, у російському законодавстві така загальна засада, як неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини включає можливість свободи підприємницької діяльності, а Цивільний кодекс України такі засади закріплює окремо). Слід також відмітити, що Цивільний кодекс Російської Федерації виділяє таку засаду цивільного законодавства, як вільне переміщення товарів, послуг та фінансових коштів по території Російської Федерації, що не передбачено Цивільним кодексом України.

Разом з тим, цивільне законодавство України та Російської Федерації з досліджуваного питання здебільшого збігається, має посилковий характер, а оскільки мова йде про «загальні засади цивільного законодавства», то про їх вичерпність говорити не можна. Такі норми-засади мають загальнообов'язковий характер, однак разом з ними застосовуються спеціальні засади цивільного законодавства.

Література

1. Цивільний кодекс України від 1 січня 2004 р. № 345-IV // Відомості Верховної ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации от 21 октября 1994 г. № 51-ФЗ (Ч. 1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/10164072/>.
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254 к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием от 12 декабря 1993 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.constitution.ru/>.
5. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96/card6#Public>.
6. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Видання третє,

перероблене та доповнене / [За ред. Є. О. Харитоновна]. – Харків: Одиссей, 2006. – 1200 с.

7. Фулей Т. Загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права: деякі теоретичні аспекти / Т. Фулей // Право України. – 2003. – № 7. – С. 24-29.

8. Паліюк В.П. Щодо справедливості, добросовісності та розумності в чинному законодавстві України / В.П. Паліюк // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 42-45.

9. Голубєва Н.Ю. Загальна характеристика принципів цивільного права України / Н.Ю. Голубєва // Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – № 34. – С. 16-23.

10. Степанов С.А. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части 1-4. 2-е изд., перераб. и доп. / С.А. Степанов. – М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2009. – 1504 с.

11. О валютном регулировании и валютном контроле: федеральный закон Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа:
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_166430/.

Анотація

Басай О.В. Загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації: порівняльно-правовий аналіз. – Стаття.

У статті досліджуються загальні засади цивільного законодавства України та Російської Федерації на основі норм Цивільного кодексу України, Цивільного кодексу Російської Федерації та інших нормативно-правових актів. В результаті проведеного аналізу автор здійснює їх порівняльну характеристику та робить відповідні висновки.

Ключові слова: загальні засади цивільного законодавства, неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, недоторканість власності, свобода договору, свобода підприємницької діяльності, судовий захист цивільного права та інтересу, справедливість, добросовісність та розумність, рівність учасників цивільних правовідносин.

Аннотация

Басай О.В. Общие положения гражданского законодательства Украины и Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ. – Статья.

В статье исследуются общие положения гражданского законодательства Украины и Российской Федерации на основе норм Гражданского кодекса Украины, Гражданского кодекса Российской Федерации и других нормативно-правовых актов. В результате проведенного анализа автор осуществляет их сравнительную характеристику и делает соответствующие выводы.

Ключевые слова: общие положения гражданского законодательства, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, неприкосновенность собственности, свобода договора, свобода предпринимательской деятельности, судебная защита гражданских прав и интересов, справедливость, добросовестность и разумность, равенство участников гражданских правоотношений.

Summary

Basay O.V. General Principles of Civil Legislation in Ukraine and Russian Federation: Comparative Legal Analysis. – Article.

The article deals with general principles of civil law Ukraine and the Russian Federation on the basis of analysis of the Civil Code of Ukraine, the Civil Code of the Russian Federation, Ukraine Constitution, the Constitution and other legal acts. It turns out the contents of the general principles of civil law, as the inadmissibility of arbitrary interference in the sphere of private life; inadmissibility deprivation of property rights, except in cases determined by law; freedom of contract; freedom of entrepreneurial activity that is not prohibited by law; fairness, reasonableness and good faith; equality of participants in civil relations; free movement of goods, services and funds.

Key words: general principles of civil legislation, inadmissibility of invasion of one's privacy, inviolability of property, freedom of contracts, freedom of entrepreneurial activity, fairness, reasonableness and good faith; equality of participants in civil relations.



УДК 346.2

В.О. Коверзнев

кандидат юридичних наук, доцент
кафедри правового регулювання
економіки Чернігівського
національного
технологічного університету

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ КООПЕРАЦІЇ ТА КООПЕРАТИВНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Кооперація – це суспільне явище, яке полягає в об'єднанні групи людей, що пов'язані між собою спільним соціальним і економічним інтересом, з метою задоволення своїх духовних

потреб та підвищення матеріального добробуту, шляхом спільної праці, об'єднання матеріальних ресурсів і засобів виробництва.

Дослідження правової природи кооперації як економіко-правової категорії та кооперативного права має не лише теоретичне, але й практичне значення, оскільки створює підґрунтя для визначення кола джерел, що регулюють відносини кооперації; розробки методології та методики реалізації джерельної бази, а також принципів і підходів, що підлягають застосуванню при регулюванні відносин кооперації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні основи кооперації як економічної категорії розглядаються в роботах С. Г. Бабенка, С. Д. Гелея, Я. А. Гончарука, Р. Я. Пастушенка.

Окремі питання правового становища кооперативних організацій досліджено в роботах Т. Е. Абової, О. М. Вінник, Я. З. Гаєцької-Колотило, О. В. Гафурової, М. І. Клеандрова, В. О. Коверзнева, І. М. Кучеренко, В. К. Мамутова, В. І. Семчика, В. Ю. Уркевича, В. С. Щербини та ін.

Невирішені раніше проблеми. На сьогодні в Україні відсутні фундаментальні розробки з питань комплексного вивчення правового забезпечення кооперації в Україні через призму науки господарського права, що обумовлює актуальність даної роботи, оскільки дослідження загальнотеоретичних проблем кооперації як економіко-правової категорії та кооперативного права є вирішенням однієї із складових частин загальної проблеми.

Мета роботи. Метою даної роботи є дослідження правової природи кооперації як економіко-правової категорії та її юридичної сутності; з'ясування юридичної сутності кооперативного права та його місця в системі національного права України.

Виклад основного матеріалу. Організаційно кооперація представляє собою сукупність кооперативних організацій певного спрямування, об'єднаних в єдину систему, яка має центральний орган, створений цими ж організаціями, завданням якого є координація та підвищення ефективності їх діяльності.

Спеціальною ознакою кооперації є: спрямованість, насамперед, на

задоволення соціально-економічних і духовних інтересів її членів, добровільність членства в кооперативних організаціях та їх рівність у процесі ухвалення рішень, виборність і підзвітність органів управління кооперативних організацій, взаємодопомога і співпраця між кооперативними організаціями, здійснення турботи про громаду та освітньої діяльності.

Дослідження правової природи кооперації дозволяє стверджувати, що кооперація як явище суспільного буття за своєю сутністю та змістом є економічним, господарським явищем. Кооперація є частиною економіки держави, призначення якої полягає не лише в підвищенні добробуту окремої групи індивідів, які об'єдналися для задоволення спільних інтересів, але й в покращенні економічного становища держави в цілому.

За формою організації кооперація є категорією господарсько-правовою, оскільки відносини, які складаються в процесі утворення кооперативних організацій та здійснення ними статутної діяльності, мають переважно господарський характер і регулюються нормами господарського законодавства. Кооперативна діяльність передбачає використання майна кооперативної організації, завдяки чому реалізується право власності та інші майнові права. Вона здійснюється систематично і на професійній основі, при цьому тісно пов'язана з реалізацією не лише приватних інтересів окремих кооператорів, а й публічних інтересів окремих суспільних груп. Публічні інтереси виражаються, насамперед, у законодавчо закріпленому обов'язку кооперативних організацій піклуватися про інтереси громади. Нарешті, кооперативна діяльність пов'язана з організацією виробництва і наданням послуг, що має організаційно-виробничу ознаку і свідчить про її господарсько-правову природу.

Для з'ясування юридичної сутності поняття «кооперація» слід звернутися до її законодавчого визначення. Відповідно до статей 1, 3 Закону України «Про кооперацію» [1] кооперацією є система кооперативних організацій, створених з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб своїх членів, на основі поєднання їх особистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів, розвитку їх самоорганізації, самоуправління та самоконтролю.

Основними завданнями кооперації є:

- 1) підвищення життєвого рівня членів кооперативів, захист їх майнових інтересів і соціальних прав;
- 2) створення системи економічної і соціальної самопомоги населення та суб'єктів господарювання;
- 3) залучення у виробництво товарів, робіт, послуг, додаткових трудових ресурсів, підвищення трудової і соціальної активності населення;
- 4) створення і розвиток інфраструктури, необхідної для провадження господарської та іншої діяльності кооперативів з метою зростання матеріального добробуту їх членів та задоволення потреб у товарах і послугах;
- 5) сприяння сталому розвитку та становленню засад демократичного розвитку суспільства.

Отже, з правової точки зору, кооперація розглядається як система господарських організацій, створених з метою задоволення різноманітних потреб її членів, зокрема, в економічній та соціальній сферах, а також задля сприяння розвитку демократичного суспільства в державі. Зазначена мета досягається шляхом здійснення не лише господарської, але й активної громадської діяльності.

Для з'ясування юридичної сутності кооперативного права необхідно дослідити сутність загальної системи права, складовою частиною якої є кооперативне право.

Системою права є комплекс взаємопов'язаних правових норм, що регулюють систему суспільних відносин в державі.

В науковій літературі система права України розглядається в наступному структурованому понятійному ряду: предмет правового регулювання, метод правового регулювання, інститут права (комплексний інститут права), підгалузь права (комплексна підгалузь права), галузь права (комплексна галузь права) [2, с. 27].

О. Ф. Скакун розглядає галузь права як відносно самостійну сукупність норм права, що регулює якісно однорідну сферу (рід) суспільних відносин і володіє тільки їй властивим режимом правового

регулювання (тобто предметом, методом, метою, способами, типом правового регулювання) і є підсистемою системи права. Вона виділяє базові (фундаментальні), профілюючі (спеціальні) та комплексні галузі права.

Базові – містять вихідні норми права, які регулюють первинні суспільні відносини та володіють вихідними юридичними режимами правового регулювання, що мають особливу значущість для інших галузей права і використовуються ними (конституційне, цивільне, адміністративне; кримінальне).

Профілюючі – містять норми, які регулюють сфери суспільних відносин, що пов'язані з первинними суспільними відносинами, і спрямовані на конкретизацію і підсилення дії певних норм базових галузей права. Сфери і режими регулювання профілюючих галузей права «відокремлюються» від сфер і режимів регулювання базових галузей права, але без зв'язку з ними існувати не можуть (трудове, сімейне, земельне, кримінально-виконавче, фінансове та ін.).

Комплексні – містять норми права, що регулюють сфери державного й господарського життя, виникають на основі подальшого розвитку комплексних інститутів права, що утворюються на стику суміжних галузей права і користуються режимами, які належать цим галузям. Режим комплексної галузі права може складатися: а) з режимів декількох основних інститутів чи підгалузей права, що функціонують «на рівних» (інтегральний режим); б) з режимів кількох інститутів, де один з них є основним (спеціальний режим) [3, с. 304, 305].

Господарське право є комплексною галуззю права і має чітко визначений предмет правового регулювання – господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання [4, ст. 1].

У той же час, кооперативне право регулює суспільні відносини, які виникають у процесі створення, діяльності та припинення діяльності кооперативних організацій. Таким чином, предмет кооперативного права повністю охоплюється предметом регулювання господарського права, а тому є його складовою частиною.

У зв'язку з цим, виникає необхідність визначення місця кооперативного права в системі господарського права України (підгалузь чи інститут права) та його особливостей.

Так, проф. Семчик В. І. розглядав кооперативне право як самостійну галузь права, предметом регулювання якого є внутрішньокооперативні відносини, засновані на кооперативному членстві [5, с. 9, 10]. Слід зазначити, що концепція самостійності кооперативного права як галузі права була сформульована проф. Семчиком В. І. до здійснення кодифікації господарського законодавства та прийняття Верховною Радою України Господарського кодексу [4], а тому об'єктивно не враховує його положень.

Основними складовими предмета кооперативного права є:

- 1) відносини, пов'язані із створенням кооперативної організації; 2) відносини членства в кооперативній організації та управління нею; 3) внутрішньокооперативні відносини власності;
- 4) відносини відповідальності членів кооперативної організації; 5) відносини, що виникають між кооперативними організаціями;
- б) відносини, пов'язані з припиненням кооперативної організації.

У цих відносинах реалізується регулятивна, охоронна та запобіжна функції кооперативного права, що спрямовані на впорядкування діяльності усієї системи кооперації, яка складає значний сектор економіки України.

Регулятивна функція кооперативного права забезпечує реалізацію суб'єктивних прав і обов'язків кооперативних організацій та їхніх членів у господарсько-виробничих, організаційно-господарських та внутрішньогосподарських відносинах. Регулятивні норми кооперативного права складають його основу.

Охоронна функція характеризується як напрям правового впливу, спрямованого на охорону суспільних відносин і витіснення чужих суспільству відносин [6, с. 96]. Охоронна функція кооперативного права забезпечує захист суб'єктів цієї галузі права. Прикладом охоронної функції кооперативного права є норма статті 10 Закону України «Про споживчу кооперацію», якою гарантовано, що власність споживчої

кооперації є недоторканою, перебуває під захистом держави і охороняється законом нарівні з іншими формами власності; заборонено відволікання майна споживчих товариств та їх спілок на цілі, не пов'язані з їх статутною діяльністю [7].

Запобіжна функція кооперативного права полягає в запобіганні можливим правопорушенням та застосуванні до порушників юридичних заходів впливу. Зміст запобіжної функції, зокрема, розкривається в статті 37 Закону України «Про кооперацію», в якій проголошено, що держава гарантує додержання прав і законних інтересів кооперативних організацій та їх членів, максимально сприяє розвитку і зміцненню їх господарської самостійності [1].

Кооперативні відносини виникають між суб'єктами кооперативного права на підставі норм Конституції, Цивільного і Господарського кодексів, а також спеціального кооперативного законодавства України. До кола суб'єктів кооперативного права належать кооперативні організації, їх структурні підрозділи, члени кооперативних організацій та трудові колективи, що складаються з найманих працівників.

За своєю правовою природою, відносини, що виникають між структурними підрозділами кооперативних організацій, є внутрішньо-кооперативними (внутрішньогосподарськими); відносини, що виникають між кооперативними організаціями, а також між кооперативними та іншими господарськими організаціями, є господарсько-виробничими; а відносини, що виникають між членами кооперативних організацій з цими організаціями, а також між кооперативними організаціями і органами організаційно-господарського управління – організаційно-господарськими.

Таким чином, диференціація господарських відносин і можливість виділення з них тих відносин, що виникають у процесі створення, діяльності та припинення діяльності кооперативних організацій, які утворюють цілісну систему кооперації, дозволяє стверджувати про достатньо чітку спеціалізацію кооперативного права.

Як зазначено вище, допоміжним критерієм визначення галузі права є метод правового регулювання. Під методом правового регулювання розуміють сукупність засобів державно-владного впливу на суспільні

відносини.

Найбільш поширеними є:

1) імперативний метод правового регулювання, який будується на відносинах підкорення та субординації, передбачає чітку правову регламентацію поведінки учасників правовідносин та можливість застосування до них юридичних санкцій в разі порушення правових приписів;

2) диспозитивний метод правового регулювання, який будується на юридичній рівності суб'єктів правовідносин і дозволяє діяти за принципом «дозволено все, що не заборонено законом».

Кожна галузь права, з урахуванням специфіки її предмету правового регулювання, застосовує конкретні, характерні саме цій галузі, методи правового регулювання, що дозволяє здійснення ефективного регулювання визначеної сфери суспільних відносин. Так, для цивільного права характерним є застосування диспозитивного методу правового регулювання; для кримінального, адміністративного та фінансового права – застосування імперативного методу.

Будучи комплексною галуззю права, господарське право застосовує притаманний лише цій галузі комплексний метод правового регулювання, що передбачає поєднання різних методів господарсько-правового регулювання.

Зазначений підхід підтримується представниками школи господарського права, а саме: В. С. Мартем'яновим, В. В. Лаптевим, І. Г. Побірченком, Г. В. Пронською, В. С. Щербиною. При цьому підході виділяють такі методи господарського права як метод обов'язкових розпоряджень (метод підпорядкування), метод узгодження (метод автономних рішень і координації) і метод рекомендацій.

Концептуально названі методи господарського права базуються на двох принципах:

перший – загальнодозволений (дозволено все, що не заборонене законом), що діє в правовому регулюванні поведінки суб'єктів господарювання;

другий – що зобов'язує (спонукає суб'єктів правовідносин до певної

поведінки) – стосується правової організації діяльності органів управління у сфері господарювання [8, с. 30, 31].

Для регулювання кооперативних відносин застосовуються усі перелічені методи господарського права.

На підставі системного аналізу всіх складових предмета кооперативного права вбачається висновок, що окрема правова норма не здатна самотійно врегулювати всю сферу кооперативних відносин. Сукупність норм, що регулюють певну групу кооперативних відносин, утворюють інститути кооперативного права, кожний з яких здатний регулювати окрему сферу кооперативних відносин.

На нашу думку, структура кооперативного права може бути представлена, зокрема, такими інститутами:

- 1) інститутом створення кооперативних організацій;
- 2) інститутом членства в кооперативних організаціях;
- 3) інститутом управління кооперативними організаціями;
- 4) інститутом правового режиму майна кооперативних організацій;
- 5) інститутом ціноутворення на продукцію і послуги кооперативних організацій;
- 6) інститутом розподілу доходів кооперативних організацій;
- 7) інститутом відповідальності членів кооперативних організацій і самих цих організацій;
- 8) інститутом припинення діяльності кооперативних організацій.

Кожний з цих інститутів регулює певну упорядковану групу кооперативних відносин.

Так, інститут членства в кооперативних організаціях регулює порядок вступу в члени кооперативної організації, визначає вимоги до осіб, які можуть бути членами кооперативних організацій, їх права та обов'язки як членів кооперативних організацій; порядок припинення членства в кооперативних організаціях.

Інститут розподілу доходів визначає джерела доходів кооперативної організації, порядок їх розподілу та покриття збитків.

Окремі інститути кооперативного права мають комплексний характер. Наприклад, інститут відповідальності кооперативних організацій та їх членів містить в собі не лише норми кооперативного

законодавства, а й норми Цивільного кодексу України, які визначають загальні засади відповідальності юридичних осіб [9, ст. 96].

У зв'язку з цим, цілком слушною є думка В. М. Сирих про те, що комплексний інститут права представляє собою сукупність норм, за допомогою яких в окремій галузі права, виходячи з її специфіки, конкретизуються і доповнюються норми інших галузей права, а регулятивна дія цих норм обмежується предметом даної галузі права [10, с. 25].

З вищенаведеного можна зробити висновок, що природа кооперативних відносин, які складають предмет правового регулювання, визначає метод, що регулює ці правовідносини; сукупність правових норм, в їх взаємозв'язку, утворюють ряд інститутів, які в свою чергу складають підгалузь господарського права – кооперативне право.

Особливість кооперативного права визначається особливістю основних його суб'єктів – кооперативних організацій, які є господарськими організаціями корпоративного типу [11, с. 55 – 58].

Хоча кооперативні організації і мають ознаки корпоративних організацій, кооперативні організації та їх членів не можна вважати суб'єктами корпоративних відносин. Цей висновок слідує з визначення корпоративних відносин, яке дано в частині третій статті 167 Господарського кодексу України, згідно з якою під корпоративними відносинами маються на увазі відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Частиною першою цієї ж статті встановлено, що корпоративними – є права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені статутними документами. Таким чином, кваліфікаційною ознакою корпоративних прав є наявність в особи права на частку в статутному капіталі господарської організації. Втім, у кооперативних організаціях статутний капітал не утворюється. Крім того, управління кооперативною

організацією її членами здійснюється за іншими принципами, ніж у господарських товариствах, оскільки не залежить від розміру паю її члена.

Вказана позиція повністю узгоджується із роз'ясненнями, викладеними в пункті 3 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. №13 про те, що не підлягають розгляду в порядку господарського судочинства справи, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності суб'єктів господарювання, які не є господарськими товариствами (кооперативи, приватні, колективні підприємства тощо), якщо стороною у справі є фізична особа [12].

Вважаємо, що кооперативна організація може бути суб'єктом корпоративних відносин лише у випадку створення нею господарського товариства. В зв'язку з цим, не можна погодитися з позицією В. С. Кононова, який відносить до корпоративних правовідносин відносини, що виникають між кооперативами та їх учасниками [13, с. 101].

Другою особливістю кооперативного права є регулювання відносин осіб, які одночасно є членами кооперативних організацій та їхніми працівниками, оскільки в цьому випадку виникає конкуренція норм кооперативного і трудового права. Вбачається, що в даному випадку пріоритет мають норми кооперативного права, оскільки виникнення у цих осіб трудових прав можливе лише після набуття ними прав члена кооперативної організації. Тобто, трудові права членів кооперативної організації є похідними, а тому припинення членства повинно тягнути за собою автоматичне припинення в такій особі й трудових прав.

Розглядаючи зміст кооперативного права, необхідно визначити його від кооперативного законодавства та окреслити цілі останнього.

В теорії права система законодавства розглядається перш за все як цілісний комплекс нормативно-правових актів, розподілених залежно від предмета і метода правового регулювання по галузях та інститутах законодавства.

Зокрема, О. Ф. Скакун наголошує на тому, що система законодавства – це багатогранне суб'єктивно-об'єктивне утворення зі складною структурою. Основна роль у ній належить нормативним актам,

а також їх структурним підрозділам. Вони дають змогу групувати окремі розділи, статті, пункти нормативних актів залежно від норм права, що містяться в них, у різні більш стійкі формування – інститути законодавства. Стаття закону тут виступає зовнішньою формою вираження правового змісту, сконцентрованого у правовому приписі [3, с. 317].

З наведеного можна зробити висновок, що кооперативне законодавство представляє собою комплекс нормативно-правових актів різної юридичної сили, які регулюють відносини, що пов'язані з утворенням, діяльністю та припиненням діяльності кооперативних організацій, мають суб'єктивний характер і чітку структуру (норма, інститут, підгалузь законодавства). Кооперативне законодавство України – це зовнішня форма існування кооперативного права, розробленого і санкціонованого вищим законодавчим органом країни – Верховною Радою України.

Мета кооперативного законодавства України сформульована в преамбулах спеціальних кооперативних законів і полягає у визначенні:

1) правових, економічних та соціальних основ діяльності споживчої кооперації в Україні; відродженні та зміцненні демократичних основ споживчої кооперації, захисті інтересів її членів і сільського населення як споживачів; регулювання відносин з органами виконавчої влади [7];

2) правових, організаційних, економічних та фінансових особливостей утворення і діяльності сільськогосподарських кооперативів [14];

3) правових, організаційних, економічних і соціальних основ функціонування системи кооперації в Україні в цілому [1];

4) організаційних, правових та економічних засад створення та діяльності кредитних спілок, їх об'єднань, а також прав та обов'язків членів кредитних спілок та їх об'єднань [15].

Кооперативне право відображає внутрішню сторону кооперативного законодавства і характеризує його сутність. До джерел кооперативного права належать не лише закони, але й підзаконні акти. Кооперативне право включає в себе правовий звичай, судову практику, локальні правові

акти, а також двосторонні та багатосторонні договори, що укладені його суб'єктами, в зв'язку з цим є більш широким системним утворенням, ніж кооперативне законодавство.

Кооперативне право має публічний характер. Суттєвими ознаками, які підтверджують правильність цього твердження, є положення про те, що:

1) до основних завдань кооперації належать створення системи економічної і соціальної самопомоги населення; підвищення трудової і соціальної активності населення; створення і розвиток інфраструктури; сприяння сталому розвитку та становленню засад демократичного розвитку суспільства;

2) неподільний фонд кооперативу, який створюється в обов'язковому порядку та формується за рахунок вступних внесків та відрахувань від доходу кооперативу, не може бути розподілений між членами кооперативу і, в разі його ліквідації, передається за рішенням ліквідаційної комісії іншій кооперативній організації (кооперативним організаціям) або зараховується до доходу бюджету [1, ст.ст. 3, 20, 29].

Таким чином, кооперативне право створює необхідний юридичний режим забезпечення публічних інтересів у сфері ринкової економіки, оскільки регулює взаємовідносини не лише специфічного кола осіб – суб'єктів кооперативного права, але й відносини цих суб'єктів з територіальними громадами і сприяє, при цьому, розвитку демократичних засад суспільства.

Висновок. Розглянуті вище характеристики правової природи кооперативних відносин, предмета і метода правового регулювання кооперативних відносин, інститутів кооперативного права, цілей і характеру кооперативного законодавства в сукупності складають юридичний зміст такої специфічної економіко-правової категорії як кооперація.

Література

1. Про кооперацію : Закон України від 10.07.2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35. – [зі змін. та допов.].
2. Коверзнев В. О. Дихотомія права як критерій визначення сфери діяльності адміністративного суду / В. О. Коверзнев // Юридична Україна. – 2013. – № 7.

3. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : Підручник / О. Ф. Скакун. – 3-тє видання. – К. : Алерта. – 2012. – 524 с.
4. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144. – [зі змін. та допов.].
5. Кооперативне право. Підручник для кооперат., сільськогосп., економ., юрид. вищих навч. закладів і фак. / За ред. чл.-кор. НАН України В. І. Семчика. – К. : Ін Юре. – 1998. – 336 с.
6. Проблемы теории права : Курс лекций в двух томах / Науч. ред. Р. К. Русинов; Отв. за вып. В. М. Семенов; Министерство высшего и среднего специального образования РСФСР. Свердловский юридический институт. – Свердловск. – 1972. – 396 с. – 1 т.
7. Про споживчу кооперацію : Закон України від 10.04.1992 р. № 2265-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – N 30. – Ст. 414. – [зі змін. та допов.].
8. Господарське право : Підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін.; За ред. О. П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. і перероб. –Х.: Одиссей. – 2012. – 640 с.
9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40 – 44. – Ст. 356. – [зі змін. та допов.].
10. Сырых В.М. Комплексные институты как комплексные системы российского права / В.М. Сырых // Журнал российского права. – 2002. – № 10. - С. 26 – 28.
11. Корпоративне право : навчальний посібник / О. В. Гарагонич, С. М. Грудницька, Е. Е. Бекірова, Ю. М. Бисага [та ін.]; за заг. ред. О. В. Гарагонича, С. М. Грудницької. – К. : Видавничий Дім «Слово». – 2014. – 344 с.
12. Постанова Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 р. №13. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf>.
13. Кононов В. С. Корпоративные правоотношения: понятие, признаки, сущность // Актуальные проблемы гражданского права : Сб. статей. Вып. 9 / Под ред. О. Ю. Шиловцова. – М. : Норма. – 2005. – С. 50 – 102.
14. Про сільськогосподарську кооперацію : Закон України в редакції Закону № 5495-VI від 20.11.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 50. – Ст. 698.
15. Про кредитні спілки : Закон України від 20.12.2001 р. N 2908-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 15. – Ст. 101. – [зі змін. та допов.].

Анотація

Коверзнев В. О. Загальнотеоретичні аспекти кооперації та кооперативного права. – Стаття.

В роботі розглянуто правову природу кооперації як економіко-правової категорії; розкрито юридичну сутність кооперативного права, визначено його структуру та місце в системі національного права України; проаналізовано

співвідношення кооперативного права і кооперативного законодавства; доведено, що кооперативне законодавство створює юридичний режим забезпечення публічних інтересів у сфері ринкової економіки.

Ключові слова: кооператив, кооперативна організація, кооперативне право, кооперативне законодавство.

Аннотація

Коверзнев В. А. Общетеоретические аспекты кооперации и кооперативного права. – Стаття.

В работе рассмотрено правовую природу кооперации как экономико-правовой категории; раскрыто юридическую сущность кооперативного права, определено его структуру и положение в системе национального права Украины; проанализировано соотношение кооперативного права и кооперативного законодательства; доказано, что кооперативное законодательство создает юридический режим обеспечения публичных интересов в сфере экономики.

Ключевые слова: кооператив, кооперативная организация, кооперативное право, кооперативное законодательство.

Summary

Koverznev V.O. General-theoretical Aspects of Cooperatives and Cooperative Law. – Article.

This article explores the legal nature of cooperation as Economy legal category and discloses the juridical entity of the cooperative law. It determined its structure and position in the national law of Ukraine and analyzed the ratio of the cooperative law and cooperative legislation; proved that cooperative legislation creates a legal regime for the public interest in the economic sphere.

Key words: cooperative, cooperative organization, cooperative law, cooperative legislation.



УДК 347.122 : 356.363 (477)

Ю.В. Кривенко

кандидат юридичних наук, доцент
кафедри цивільного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ДІЯЛЬНІСТЬ ВІЙСЬКОВИХ КАПЕЛАНІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка наукової проблеми.

Непроста ситуація в нашій країні змушує шукати різноманітні шляхи виходу та визначення основних пріоритетів, які дозволять нам побудувати нові демократичні відносини в усіх сферах нашого життя. Стрімкі зміни військово-політичної ситуації у світі, а також розвиток засобів і способів збройної боротьби, повертають нас до тих часів, коли перемогу визначали в основному духовні й моральні сили військ. Очевидно, що без опори на одвічні християнські цінності вся система духовно-морального виховання військовослужбовців, у тому числі й офіцерських кадрів, може зазнати невдачі.

На жаль, проблеми, які виникають на шляху становлення інституту військового капеланства не лише пов'язані з прогалинами у організаційних моментах, а й з економічними та державними чинниками. [1]

Сьогодні, як ніколи стали помітними ті болючі проблеми української армії про, які вже тривалий час говорять військовослужбовці, священники різних конфесій та політики.

Неодноразово, робилася спроба, на законодавчому рівні визначити питання специфіки діяльності військових капеланів. Безумовно питання капеланства в нашій країні є непростим, і воно потребує ретельної розробки враховуючи як власний досвід, так і досвід зарубіжних країн. Існує багато думок та суперечок щодо цього, адже, різноманіття релігійних конфесій не має спільної точки зору щодо вирішені проблем у становленні інституту військового капеланства в Україні. Хоча, неодноразово зазначалося, що кожна релігійна громада всіляко підтримує служіння душ пастирства у військових формуваннях. У багатьох країнах питання міжконфесійної квоти служіння капеланів уже вирішене. В Україні це потрібно зробити якомога швидше, так як кожна з традиційних церков має свою тривалу історію душпастирства в Україні. Конституція

України закріплює у ст. 18, що жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова [2].

Зараз коли гинуть військовослужбовці під час виконання бойових завдань, коли є певні труднощі з особовим складом кажуть, що треба було б священика та розуміють, як би це було добре, коли б капеланство мало офіційний статус.

Згідно з Женевською конвенцією 1949 р. священнослужителі не вважаються особами, які беруть участь у бойових діях («нон комбатанти»), і зберігають цей статус потрапляючи у полон, де мають право продовжувати своє служіння серед полонених. Під час військових дій їх, як і лікарів міжнародними законами заборонено вбивати.

Капелан визначається як, «духовний персонал» та означає осіб, як військових, так і цивільних, як, наприклад, священиків, що зайняті виключно виконанням своїх духовних функцій та придані:

- d.1) збройним силам сторони, що перебуває в конфлікті;
- d.2) медичним формуванням або санітарно-транспортним засобам сторони, що перебуває в конфлікті;
- d.3) медичним формуванням або санітарно-транспортним засобам, зазначеним у статті 9, пункт 2;
- d.4) організаціям цивільної оборони сторони, що перебуває в конфлікті. [3]

В ООН вже впродовж тривалого часу існує закон про те, що у війську обов'язково повинен бути капелан. Зрештою, кожна держава має свою модель військових душпастирів [4,с.178].

Метою цієї статті є дослідження законодавства України в сфері релігії та перспективи розвитку законодавства щодо діяльності військових капеланів. Відповідно до поставленої мети вирішення потребують наступні питання:

- проаналізувати чинне законодавство в сфері релігії щодо діяльності військових капеланів;
- надати пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства, яке забезпечить належне правове регулювання діяльності військових капеланів.

Після прийняття в 1991 р. нормативно-правових актів, які

регулюють відносини між державою й релігійними організаціями, було, зокрема, започатковано душпастирську діяльність у Збройних силах України, що спонукало наукову спільноту проводити нові дослідження зазначеної теми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання проблеми.

Так як тема перебуває на межі релігієзнавства та права, то слід визначити, що наукові розробки стосовно правового статусу та особливостей діяльності військових капеланів, обмежуються вивченням історичного вітчизняного та міжнародного досвіду.

Серед українських науковців можна виділити праці Л. Владиченко, О. Карпенко та О. Пастернака, М. Требіна, Однак у їхніх працях розгляд проблематики щодо діяльності інституту подається побіжно в контексті порівняння існування інституту капеланства в зарубіжних країнах та перспектив розвитку українського законодавства.

Виклад основного матеріалу.

Відродження Української держави та української армії на початку ХХ століття дозволили відновити національне військове духовенство.

За ініціативою голови Генерального Військового Комітету Симона Петлюри запроваджено службу українських капеланів. При гетьмані Скоропадському українські Збройні Сили збільшилися, а разом збільшилась кількість і українських військових духівників. Українські капелани проводили велику виховну роботу, скріплюючи духовність воїнів [5, с.31].

Стаття 35 Конституції України, яка стверджує, що кожен має право на свободу світогляду й віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність [2].

Поняття капеланства, нині дуже широке, особливої популярності набуває військове капеланство. Солдат, позбавлений рідних і своєї малої вітчизни, під час своєї тяжкої служби потребує морально-духовної підтримки, якої в повній мірі не може надати йому ніякий безпосередній

військовий начальник чи офіцер - вихователь. Адже армія стоїть на чіткій субординації і безвідмовному слідуванню наказам безпосередніх військових командирів. Водночас, оскільки солдат не народжується машиною, а є людиною, не всі армійські ситуації складаються найкращим чином для його совісті, крім того, по-людському воїн потребує духовної опіки – елементарної допомоги, не передбаченої статутом, але яка, проте, цьому армійському статуту не суперечить, виховуючи високий армійський дух.

З 1992 року діє Всеукраїнська громадська організація «Об'єднання християн - військовослужбовців України» (zareєстрована в травні 2000 р.), яка об'єднує діючих військових, тих, хто в запасі (у відставці) та членів їхніх родин.

Незважаючи на те, що рух за забезпечення військовослужбовців Збройних Сил України душпастирською опікою розпочався ще в 1993 р., питання капеланства досі не визнано де-юре.

У часи незалежності нашої країни першим документом, який визначив проведення заходів щодо задоволення релігійних потреб військовослужбовців, була Директива Міністерства оборони України «Про впорядкування питань задоволення релігійних потреб військовослужбовців Збройних Сил України» [6].

Підготовка українських капеланів почала відбуватися впродовж 1999–2003 років.

Пакет закону про капеланство (духовну опіку у війську) був розроблений, але не прийнятий Верховною Радою України в правління Президента В. Кучми. Відповідного до якого український капелан отримував би посаду з матеріальним утриманням та статус військовослужбовця України.

У 2008 році спільно з представниками релігійних організацій, віруючі яких служать у Збройних Силах України, було підписано «Меморандум про співпрацю у справах душпастирської опіки військовослужбовців Збройних Сил України».

Головною метою впровадження у Збройних Силах України ефективної системи душпастирської опіки та створення інституту військового духовенства (капеланства) є забезпечення конституційного

права особового складу на свободу совісті та віросповідання, створення здорового психологічного клімату у військових колективах, родинях військовослужбовців, посилення військово-патріотичного виховання, формування засад моральності та духовності, об'єднання зусиль Війська і Церкви у належному формуванні багатого внутрішнього світу захисника Вітчизни та створення позитивної мотивації до військової служби. Чого нажаль досягнуто не було [7].

В 2009 році при Міністерстві оборони України створено консультативно-дорадчий орган – Раду у справах душпастирської опіки, до складу якої увійшли представники семи найбільших конфесій України різних віросповідань.

Кабінету Міністрів України в 2011 році було видано доручення «опрацювати питання щодо створення у Збройних Силах України, інших утворених відповідно до законів України військових формуваннях умов для реалізації військовослужбовцями права на свободу віросповідання, в тому числі участі у богослужіннях і виконанні релігійних обрядів, а також щодо духовної опіки військовослужбовців та внести в установленому порядку відповідні пропозиції». У квітні 2011 року Міністерством оборони України затверджено Концепцію душпастирської опіки у Збройних Силах України.

В Концепції визначено, що «душпастирська опіка військовослужбовців – це вид пастирського служіння конфесії, спрямований на духовну опіку та задоволення релігійних потреб військовослужбовців і працівників Збройних Сил України, які, з огляду на характер виконуваної ними військової служби, у той чи інший спосіб зазнають обмежень у вільному сповіданні своєї релігії та потребують духовної опіки» [8].

В 2013 році був підготовлений Проект Закону України щодо запровадження інституту священнослужителів (капеланів) у військових, правоохоронних органах.

Даний законопроект передбачає за рахунок військових капеланів задовольнити релігійні потреби військовослужбовців Збройних Сил України та інших військових формувань, працівників правоохоронних

органів, в тому числі у випадках неможливості військовослужбовців (а інколи і членів їх родин) залишати військові частини (підрозділи) та безперешкодно відвідувати культові споруди, брати участь у релігійних обрядах, сповідуватись. Слід зауважити, що положення законопроекту не визначають особливості діяльності військових капеланів. Крім того в законопроекті відсутній понятійний апарат, не визначено статус військового священнослужителя та не викладені основні вимоги до військового священнослужителя з врахуванням специфіки Збройних Сил України або інших силових структур [9].

Указом Кабінету Міністрів України передбачається, що священнослужителі, які запропоновані релігійними організаціями та успішно пройшли відбір, працевлаштовуються з укладенням відповідних трудових договорів у підрозділи Збройних Сил, Національної гвардії та Державної прикордонної служби, належать до персоналу цих військових формувань і є військовими священиками (капеланами).

Після затвердження положень про капеланську службу Міноборони, МВС та ДПрС повинні здійснити у місячний строк відбір осіб з числа священнослужителів, які запропоновані релігійними організаціями, згідно встановлених вимог. Основним завданням військових священиків-капеланів буде забезпечення душпастирської опіки військовослужбовців і резервістів Збройних Сил, Національної гвардії та Державної прикордонної служби.

Крім того, необхідно «забезпечити організацію навчання військових священиків (капеланів) основ військової справи, а також їх військово-гуманітарну та військово-психологічну підготовку».

Окрім цього, Міністерству соціальної політики доручено підготувати пропозиції щодо доповнення Класифікатора професій професією, за якою забезпечується душпастирська опіка військовослужбовців і резервістів Збройних Сил, Національної гвардії та Державної прикордонної служби.

Щороку Уряду та Міністерству культури має надаватись інформація про стан служби військового духовенства (капеланської служби) та готуватись відповідна статистична звітність [10].

Висновки дослідження й перспективи подальших розвідок у

цьому напрямі:

На сьогодні запропонований до розгляду ВР України законопроект «Про внесення змін до деяких законів України» (щодо запровадження інституту священнослужителів (капеланів) у військових, правоохоронних органах) [11].

Зміни пропонується внести до ряду нормативно-правових актів України. Аналіз законопроекту дозволяє зробити наступні висновки, а саме:

- здійснення діяльності капеланів відповідно до законодавства передбачається уповноваженими на це відповідними релігійними центрами і управліннями, зареєстрованими у встановленому законом порядку.

- пропонується, що військові священнослужителі (капелани) здійснюють душпастирську опіку військовослужбовців та резервістів на добровільних засадах. Міністерство оборони України може здійснювати оплату душпастирської опіки за рахунок коштів, включених до складу поточних видатків Міністерства. Але військові священнослужителі (капелани) у складі міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки можуть бути цивільним персоналом, який працює на основі трудового договору.

- визначається, що військові священнослужителі (капелани), незалежно від конфесійної належності, є рівними у своїх правах та зобов'язані керуватись законодавством, яке регламентує порядок здійснення душпастирської опіки військовослужбовців та резервістів

Законопроект в цілому не вирішує питання душпастирської діяльності в ЗС України. Законопроект повторює ті норми, які вже тривалий час передбаченні в чинному законодавстві України. Не є доцільним виокремлювати в законодавстві право на віросповідання окремо військовослужбовців та членів їх сімей, або військовослужбовців та працівників Державної прикордонної служби України. Доцільність розгляду даного законопроекту викликає ряд застережень. Так як ті питання які є більш важливими так і залишаються поза правовим-регулюванням. А саме, необхідно визначити правовий статус капелана та

підстави здійснення діяльності.

Додаткового обґрунтування потребують питання стосовно порядку підпорядкування військових священнослужителів військовому і релігійному керівництву, порядок призначення і відкликання військового священнослужителя, звітність, відповідальність (у тому числі і матеріальна), права і обов'язки, принципи і форми здійснення душпастирської опіки, взаємовідносини з військовим командуванням, можливість виділення помічника із військовослужбовців, порядок звернення, привітання (наприклад, чи треба віддавати військову честь, прикладатись до руки та ін.), а також порядок фінансування військових священнослужителів, який передбачає можливість оплати душпастирської опіки.

Література

1. Юрчук Є. Перспективи військового капеланства в Україні / Є. Юрчук. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://naub.oa.edu.ua/2014/perspektyvy-vijskovoho-kapelanstva-v-ukrajini/>.
2. Конституція України// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_199
4. Владиченко Л. Інститут військового капеланства в Збройних силах Польщі / Л. Владиченко. – Схід. – 2013. – № 5 (125). – С. 178-182.
5. Лебедович І. Полеві духівники Української Галицької Армії. / І. Лебедович. – Вінніпег, 1963. – С. 31.
6. Про впорядкування питань задоволення релігійних потреб військовослужбовців Збройних Сил України : затверджено Директивою Міністерства оборони України № Д-25 від 21.04.2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.irs.in.ua>.
7. Меморандум про співпрацю у справах душпастирської опіки військовослужбовців Збройних Сил України від 10.11.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.irs.in.ua>.
8. Про затвердження Концепції душпастирської опіки у Збройних Силах України : наказ Міністра оборони України № 220 від 22.04.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.irs.in.ua>.
9. Проект Закону України щодо запровадження інституту священнослужителів (капеланів) у військових, правоохоронних органах № 3143 від 29.08.2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.irs.in.ua>.

10. Про службу військового духовенства (капеланську службу) у Збройних Силах, Національній гвардії та Державній прикордонній службі. Розпорядження від 2 липня 2014 р. N 677-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.irs.in.ua>.

11. «Про внесення змін до деяких законів України» (щодо запровадження інституту священнослужителів (капеланів) у військових, правоохоронних органах): законопроект № 1153 від 2.12.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52590

Анотація

Кривенко Ю. В. Діяльність військових капеланів за законодавством України. – Стаття.

У статті проаналізований сучасний стан українського законодавства та перспективи його розвитку, щодо визначення діяльності військових капеланів. Проаналізовано ряд нормативно-правових актів та перспективне законодавство з даної теми. Визначені позитивні моменти організаційного досвіду діяльності військового капеланства зарубіжних країн з точки зору можливого запозичення для України.

Ключові слова: військове капеланство; душпастирство; Збройні сили; церкви; релігійні організації.

Аннотация

Кривенко Ю. В. Деятельность военных капелланов по законодательству Украины. – Статья.

В статье проведен анализ современного украинского законодательства и перспективы его развития, относительно необходимости правового урегулирования деятельности военных капелланов. Изучен ряд нормативно-правовых актов и перспективное законодательство, регулирующие данные отношения. Определены положительные моменты организационного опыта деятельности военного капелланства зарубежных стран относительно возможного заимствования для Украины.

Ключевые слова: военное капелланство; пастырство; Вооруженные силы; церковь; религиозные организации.

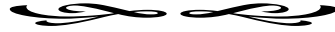
Summary

Kryvenko Y.V. Activities of Military Chaplains by the Ukrainian Legislation. – Article.

The article analyzes the current state of Ukrainian legislation and the prospects for its development, to determine the activities of military chaplains. A row of legal acts and

drafts concerning the issue are explored. The merits of organizational experience of foreign military chaplaincy are defined to import to Ukraine.

Keywords: military chaplaincy; pastoral care; Armed forces; churches; religious organizations.



***ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО; ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО;
ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО***

УДК 349.6

У.В. Антонюк

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри трудового,
екологічного, земельного та
аграрного права Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

**ГАРАНТІЇ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ: ПРОБЛЕМИ НАУКОВОЇ ТА
НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ**

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку суспільних відносин в Україні у контексті глобалізаційних та євроінтеграційних процесів екологічний правопорядок значною мірою залежить від рівня забезпечення екологічних прав. По суті, забезпечення екологічних прав, як і будь-яких прав, представляє собою певні механізми (інструменти), спрямовані на їх здійснення у повному обсязі та всебічну реалізацію [1, с. 109-110]. У теорії екологічного права забезпечення екологічних прав здійснюється через призму конкретних юридичних гарантій як сукупності об'єктивних і суб'єктивних факторів, які спрямовані на фактичну реалізацію прав людини, на усунення причин і перешкод їх обмеження, ненадійного здійснення і захист від порушення [2; 3]. Тобто, це певні механізми, які допомагають здійснити відповідні права. Без гарантії права стають ілюзорними і не мають ніякої цінності ні для особи, ні для суспільства.

Метою даного дослідження є аналіз наукових підходів та чинного екологічного законодавства України на предмет виокремлення та диференціації гарантій забезпечення екологічних прав. Слід відмітити,

що проблемі забезпечення екологічних прав в Україні свою увагу приділяли і продовжують приділяти представники найпрестижніших вітчизняних наукових шкіл екологічного права, зокрема: В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.Г. Бобкова, А.П. Гетьман, І.І. Каракаш, Н.Р. Кобецька, В.В. Костицький, М.В. Краснова, Н.Р. Малишева, Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга тощо. Водночас, відсутні комплексні теоретико-методологічні дослідження саме проблем наукової та нормативно-правової диференціації гарантій екологічних прав, що й зумовлює актуальність даної статті.

Виклад основного матеріалу. У теорії держави і права гарантії екологічних прав за своєю юридичною природою є різновидом гарантій прав та свобод людини і громадянина. Тому, загальні підходи, які лежать в основі класифікації гарантій прав в цілому, на наше переконання, можна застосувати і до гарантій екологічних прав. Так, О.Ф. Скакун усі гарантії прав і свобод людини та громадянина поділяє на міжнародні та внутрішньодержавні (національні) [4, с. 76]. Водночас, національні гарантії прав поділяються на загальні (економічні, соціальні, політичні, ідеологічні) та власне юридичні (конституційні, галузеві, гарантії реалізації, гарантії охорони, гарантії захисту) [4, с. 76-77], а міжнародні – на загальнолюдські (всесвітні) та регіонально-континентальні [4, с. 78]. Слід відмітити, що дана концепція диференціації гарантій прав сприймається та підтримується переважною частиною науковців у сфері теорії держави та права.

Для того, щоб здійснити всебічну класифікацію гарантій екологічних прав, спершу вважаємо за необхідне проаналізувати чинне екологічне законодавство на предмет закріплення даних гарантій. Гарантії екологічних прав визначені у ст. 10 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [5]. Так, до гарантій екологічних прав належать:

а) проведення широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища;

б) обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні та інші заходи для запобігання

шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації об'єктів економіки;

в) участь громадських організацій та громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища;

г) здійснення державного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

д) компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

е) невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

є) створення та функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації.

Як бачимо, законодавець не диференціює гарантії екологічних прав, а лише подає їх перелік. При цьому, як неодноразово зазначалось у науковій літературі [2, с. 55; 3, с. 88; 6, с. 44], дані гарантії мають різний юридичний зміст. Більше того, як справедливо відзначає Н.Р. Кобецька, кожна з цих гарантій передбачає систему конкретних заходів, багато з яких вже знайшли відображення в законодавстві і на практиці, проте деякі з них ще законодавчо повною мірою не врегульовані, зокрема, фінансування природоохоронної діяльності [2, с. 55].

Також гарантії екологічних прав визначені у природоресурсному законодавстві України. Це гарантії прав на землю (розділ 5 Земельного Кодексу України [7]), ліси (ст. 24 Лісового кодексу України [8]), надра (ст. 25 Кодексу України про надра [9]), тваринний світ (ст. 25 Закону України «Про тваринний світ» [10]), води (ст. 43 Водного Кодексу України [11]). З огляду на юридичне оформлення і в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища», і в поресурсових кодексах та законах, А.П. Гетьман пропонує виділяти загальні та спеціальні гарантії екологічних прав [3, с. 88]. На цьому наукові

дослідження щодо видів гарантій екологічних прав вичерпуються. І хоча на рівні окремих комплексних дисертаційних досліджень вивчалось питання про спеціальні гарантії окремих екологічних прав, зокрема, гарантії права власності на землю в Україні [], їх класифікація залишалась поза увагою наукової думки.

Відправною точкою для виділення критеріїв класифікації екологічних прав вважаємо чинне екологічне законодавство України, де вони закріплені. Зокрема, з огляду на ст. 10 і 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [5], можна виділити наступні види гарантій екологічних прав:

- за суб'єктом реалізації:

А) *гарантії, що їх реалізують органи державної влади*: здійснення державних заходів, які спрямовані на підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища; здійснення технічних та інших заходів для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище; здійснення державного контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо;

Б) *самоврядні гарантії* або гарантії, що їх реалізують органи місцевого самоврядування: здійснення заходів, які спрямовані на підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища; здійснення технічних та інших заходів для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище; здійснення самоврядного контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо, при цьому слід зауважити, що у п. г) ст. 10 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [5] вказується лише про державний та громадський екологічний контроль, але з огляду на те, що на органи місцевого самоврядування фактично здійснюють також функцію екологічного контролю і у поресурсовому законодавстві це закріплено, зокрема у ст. 189 Земельного Кодексу України [7], доцільно було б внести доповнення до п. г ст. 10 зазначеного вище Закону [5] у частині включення і самоврядного контролю, який здійснюють органи місцевого самоврядування;

В) *громадські гарантії* або гарантії, що їх реалізують представники екологічно зацікавленої громадськості і громадяни: участь громадян і громадських організацій у діяльності щодо охорони довкілля; громадський контроль за дотриманням природоохоронного законодавства;

- за змістом:

А) *функціональні гарантії* – це гарантії, які пов'язані з реалізацією функцій екологічного управління у сфері охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки; особливістю цих гарантії є їх конвергентний характер, оскільки, з одного боку, вони забезпечують екологічні права, а з іншого – є самостійною функцією управлінської діяльності у сфері охорони навколишнього природного середовища. До даних гарантії належать: проведення широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища; здійснення державного, самоврядного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища; створення та функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації тощо;

Б) *попереджувальні гарантії* – це гарантії, які спрямовані на попередження (запобігання) порушення екологічних прав громадян як наслідок невиконання чи неналежного виконання еколого-правових приписів: здійснення державного, самоврядного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища; невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо;

В) *компенсаційні гарантії* – це гарантії, які спрямовані на відновлення порушених екологічних прав, до них належать: компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо;

Г) *зобов'язуючі гарантії* – це гарантії, які покладають обов'язки на

суб'єктів екологічних правовідносин для забезпечення реалізації екологічних прав громадян: обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні та інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації об'єктів економіки;

Д) *уповноважуючі гарантії* – це гарантії, які надають додаткові правомочності суб'єктам екологічних правовідносин для забезпечення реалізації екологічних прав громадян: участь громадських організацій та громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища; здійснення державного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища; створення та функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації тощо;

Е) *припинювальні гарантії* – це гарантії, які спрямовані на припинення, зупинення (тимчасову заборону), обмеження, усунення факторів, які перешкоджають чи створюють умови, що ускладнюють чи унеможливають реалізацію екологічних прав: діяльність, яка перешкоджає здійсненню прав громадян на безпечне навколишнє природне середовище та інших екологічних прав, підлягає припиненню у порядку, встановленому законодавством України. До речі, А.П. Гетьман також вказує на те, що дана гарантія носить припинювальний характер [3, с. 88];

- за формами (стадіями) забезпечення:

А) *гарантії реалізації* – це відсутність суб'єктивних перешкод, якими є незнання своїх прав (права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб) чи незнання правових принципів (забезпечення екологічної безпеки є основним обов'язком держави), та наявність об'єктивних засобів і способів, процедур для здійснення та ініціативної реалізації цих прав. До них слід віднести: участь громадських організацій та громадян у діяльності щодо охорони

навколишнього природного середовища;

Б) *гарантії охорони* – це система інститутів і засобів профілактики порушень екологічних прав, недопущення протиправних дій, їх оперативна превенція тощо: здійснення державного, самоврядного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

В) *гарантії захисту* – це система інститутів і засобів щодо відновлення порушених екологічних прав. До них належать: компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища; невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Як стверджує О.Ф. Скакун, захист – це найбільш дієва охорона, другий її ступінь, тому без дії гарантії захисту, неповними будуть і гарантії охорони [4, с. 78];

- за спрямованістю:

А) *гарантії, спрямовані на підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища*: проведення широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища;

Б) *гарантії, спрямовані на запобігання шкідливому впливу господарської діяльності на стан навколишнього природного середовища*: обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні та інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище тощо;

В) *гарантії, спрямовані на дотримання екологічних вимог*: обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій виконувати екологічні вимоги при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації об'єктів економіки;

Г) *гарантії, спрямовані на дотримання природоохоронного законодавства*: здійснення державного, самоврядного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього

природного середовища;

Д) *гарантії, спрямовані на відновлення порушених екологічних прав та їх захист*: компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища; невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

Е) *гарантії, спрямовані на забезпечення вільного доступу до екологічної інформації*: створення та функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації;

- за сферами:

А) *гарантії у сфері здійснення господарської діяльності*: при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації об'єктів економіки: обов'язок центральних органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні та інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги;

Б) *гарантії у сфері управлінської природоохоронної діяльності*: здійснення державного та громадського контролю за дотриманням законодавства про охорону навколишнього природного середовища; створення та функціонування мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації;

В) *гарантії у сфері застосування законодавства про охорону навколишнього природного середовища*: компенсація в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища; невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища тощо.

Окрему увагу слід звернути, на наш погляд, і на Конституцію України [13] і ті конституційні гарантії екологічних прав, що вона закріплює. У даному контексті науковий інтерес становлять ст. ст. 3, 13, 14, 16, 41, 50, 55, 56, 57, 66 тощо Конституції України. Зокрема, на наш

погляд, з аналізу змісту цих статей, конституційні гарантії можна поділити на:

- загальні конституційні гарантії екологічних прав, тобто гарантії, які стосуються забезпечення не лише екологічних, але й інших видів прав (економічних, соціальних, політичних тощо). До них слід віднести: права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави; права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними; конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб; кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна; кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань; кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної чи моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень;

- спеціальні конституційні гарантії екологічних прав – це гарантії, які пов'язані із забезпеченням суто екологічних прав, зокрема: право власності на землю гарантується; забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи є обов'язком держави; екологічна інформація ніким не може бути засекречена.

Висновки. Таким чином, гарантії екологічних прав мають різний юридичний зміст, багатогалузевий, конвергентний характер. З огляду на це, питання про їх класифікацію є науково обґрунтованим та необхідним.

При цьому, у чинному екологічному законодавстві України подано лише перелік гарантій екологічних прав без їх диференціації, що відкриває широкі можливості наукових шкіл для їх розуміння та інтерпретації. Гарантії екологічних прав можна поділяти на види за різними критеріями, зокрема: суб'єкт реалізації; зміст; форма (стадія) забезпечення; спрямованість; сфера.

Перспективність даного дослідження полягає у необхідності у подальшому комплексно і детально проаналізувати законодавчо закріплені гарантії екологічних прав в Україні.

Література

1. Антонюк У.В. Забезпечення екологічних прав в Україні / У.В. Антонюк // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – Випуск № 1 (4). – С. 104-108.
2. Кобецька Н.Р. Екологічне право: підручник / Н.Р. Кобецька. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 354 с.
3. Екологічне право: підручник / за заг. ред. А.П. Гетьмана. – Х.: Право, 2013. – 432 с.
4. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / О.Ф. Скакун. – [3-тє видання]. – К.: Алерта, 2012. – 524 с.
5. Про охорону навколишнього природного середовища: закон України від 25 червня 1991 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1264-12>.
6. Антонюк У.В. Юридична природа гарантій екологічних прав в Україні / У.В. Антонюк / Сучасні правові системи світу в умовах глобалізації: реалії та перспективи: Міжнародна науково-практична конференція, м. Київ, 11-12 квітня 2014 р. – К.: Центр правових наукових досліджень, 2014. – Частина II. – С. 44-47.
7. Земельний Кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-14 зі змінами в ред. від 11 серпня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
8. Лісовий Кодекс України від 21 січня 1994 року № 3852-12 зі змінами в ред. від 27 липня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3852-12>.
9. Кодекс України про надра від 27 липня 1994 року № 132/94-ВР зі змінами в ред. від 27 липня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/132/94>.
10. Про тваринний світ: закон України від 13 грудня 2001 року № 2894-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2894>.
11. Водний Кодекс України від 06 червня 1995 року № 213/95-ВР зі змінами в ред. від 27 липня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа:

<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/213/95>.

12. Вівчаренко О.А. Гарантії права власності на землю в Україні: дисертація канд. юрид. наук спец. 12.00.06 / Олег Антонович Вівчаренко. – К.: Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України, 2005. – 199 с.

13. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.

Анотація

Антонюк У. В. Гарантії екологічних прав: проблеми наукової та нормативно-правової диференціації. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу критеріїв класифікації гарантій екологічних прав в Україні на основі аналізу чинного екологічного законодавства та здобутків вітчизняної наукової доктрини. Враховуючи роль законодавчого чинника пропонується гарантії екологічних прав поділяти на види за наступними критеріями: суб'єкт реалізації; зміст; форма (стадія) забезпечення; спрямованість; сфера.

Ключові слова: екологічні права, гарантії, охорона довкілля, забезпечення прав, екологічна безпека.

Аннотация

Антонюк У.В. Гарантии экологических прав: проблемы научной и нормативно-правовой дифференциации. – Статья.

Статья посвящена анализу критериев классификации гарантий экологических прав в Украине на основе анализа действующего экологического законодательства и достижений отечественной научной доктрины. Учитывая роль законодательного фактора, предлагается гарантии экологических прав делить на виды по следующим критериям: субъект реализации; содержание; форма (стадия) обеспечения; направленность; сфера.

Ключевые слова: экологические права, гарантии, охрана окружающей среды, обеспечение прав, экологическая безопасность.

Summary

Antoniuk U. V. Guarantees of Environmental Rights: Problems of Scientific and Regulatory Differentiation. – Article.

The article analyzes the classification criteria guarantees environmental rights in Ukraine based on the analysis of current environmental legislation and achievements of national scientific doctrine. Given the role of legitimate factors proposed environmental safeguards human subdivided into groups, according to the following criteria: an implementation; content; form (stage) support; orientation; area.

Key words: environmental law, guarantees, environment, human and environmental safety.



УДК 349.2

В.Д. Басай

доктор юридичних наук, професор,
директор Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»,

Л.В. Мединська

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового,
екологічного, земельного та
аграрного права Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»,

НОВАЦІЇ

ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 2014 РОКУ

Протягом декількох років однією із актуальних проблем сучасного суспільства залишається проблема реформування трудового законодавства. Чинний Кодекс законів про працю України 1971 р. не відповідає сучасним реаліям, тому вимогою часу є прийняття Трудового кодексу України, який концептуально по-новому має визначати механізм правового регулювання правовідносин в сфері трудового права в країні. Історія навколо прийняття Трудового кодексу України налічує вже не один рік. Починаючи з 2003 року проекти Трудового кодексу України №1038-1 від 28.08.2003 р.; № 1108 від 04.12.2007, № 2902 від 22.04.2013

були жорстко розкритиковані громадськістю та профспілками за низку антисоціальних норм, зокрема за норму про можливість звільнення працівників за розголошення комерційної таємниці, за відмову робити щеплення, підміну колективного договору нормативними актами роботодавця, які можуть прийматись ним одноосібно, звільнення одиноких матерів на загальних підставах, а також встановлення права роботодавця контролювати виконання працівниками трудових обов'язків, у тому числі з використанням технічних засобів тощо. Міністерство соціальної політики України 12 грудня 2014 р. на своєму офіційному сайті опублікувало новий проект Трудового кодексу України та запропонувало його для обговорення. Враховуючи визначальну роль цього законодавчого акту у розвитку соціально-економічної сфери країни, необхідним є науковий аналіз положень нового проекту Трудового кодексу України, що й є **метою** даного дослідження.

Як вбачається із структури запропонованого проекту, Трудовий кодекс має стати результатом систематизації законодавчих актів, що об'єднують певні види правовідносин в сфері трудового права, оскільки в «Прикінцевих та перехідних положеннях» документу передбачається скасування низки нормативних актів, які на сьогодні регулюють питання відпусток, оплати праці, колективних трудових відносин та інших [1]. Документ є достатньо великий, складається з дев'яти книг, які містять 521 статтю.

Структура проекту визначена з врахування поділу правовідносин в сфері трудового права, які власне й складають його предмет. Позитивним є регулювання правовідносин, що передують трудовим, тобто правовідносин зайнятості та працевлаштування, окремою книгою (книга 2). В той же час незрозумілим є визначення ознак, учасників, змісту та підстав виникнення трудових правовідносин у першій книзі «Загальні положення», адже дані положення мали б структурно відноситись до книги 3 «Трудовий договір і трудові правовідносини», яка фактично регулює лише питання основного інституту трудового права – трудового договору. Викликає зауваження назва книги 4 «Регламентация праці», яка включає положення пов'язані з робочим часом, часом відпочинку,

оплатою праці тощо. Як видається, дані питання є умовами трудового договору та узгоджуються сторонами при його укладенні, а тому правильнішою на наш погляд є назва книги «Умови праці».

Окремої уваги потребує книга п'ята проекту Трудового кодексу «Засоби виконання трудового договору», яка включає в себе комплекс засобів для належного виконання сторонами трудового договору взаємних зобов'язань, визначених трудовим та колективним договором та запобігання негативним наслідкам, пов'язаним із невиконанням чи неналежним виконанням трудового договору (ст. 383). Такими засобами на думку розробників проекту мають стати попереднє випробування при прийнятті на роботу; визначення перспективи професійної (службової) кар'єри; застосування заохочувальних засобів; визначення правил внутрішнього трудового розпорядку; взаємна відповідальність сторін трудового договору; застосування дисциплінарних засобів; здійснення контролю та нагляду за дотриманням законодавства про працю, умов колективного та трудового договору [1]. Слід зазначити, що не всі із запропонованих засобів є такими, що спрямовані на належне виконання сторонами своїх зобов'язань. Випробування працівників при прийнятті на роботу, стажування, конкурсний відбір працівників, атестація та інші питання можуть використовуватись як засоби перевірки професійності працівника на розсуд роботодавця під час укладення трудового договору або ж в подальшому, однак вони не завжди зможуть забезпечити належне виконання працівником своєї трудової функції. Тому назва книги, яка об'єднує зазначені положення не є зовсім вдалою.

Знайомлячись із змістом проекту Трудового кодексу, слід відмітити, що в ньому відсутні положення, які свого часу були піддані жорсткій критиці з боку громадськості при обговоренні попередніх проектів, зокрема можливість продовження робочого часу до сорока восьми годин, що означало, фактично, введення дванадцятигодинного робочого дня; позбавлено права роботодавця на одноособову нормотворчість; відсутність у роботодавця можливості контролювати виконання працівниками трудових обов'язків з використанням технічних засобів тощо.

Норми проекту кодексу спрямовані на адаптацію трудового

законодавства України до міжнародно-правових актів в сфері прав людини, а також конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці. В документі визначено сферу дії трудового законодавства, межі його поширення на відносини за участю іноземних працівників, членів виробничих кооперативів, товариств (крім акціонерних товариств) та селянських (фермерських) господарств тощо.

Позитивним моментом досліджуваного проекту є спроба встановлення єдиних норм використання найманої праці, забезпечення прав і свобод у сфері праці, соціальної справедливості та ефективного соціального захисту населення. Викликає зацікавлення розширення засад правового регулювання трудових відносин, однак все ж таких серед них відсутні базові принципи, зокрема рівної оплати за рівну працю, невизнання праці товаром, безумовного пріоритету життя і здоров'я працівника під час праці та інші. Неабиякий науковий інтерес становить ст. 6 проекту, в якій визначені додаткові гарантії недопущення дискримінації у сфері праці. Зокрема зазначається, що доказ відсутності дискримінаційних мотивів у разі відмови у прийнятті на роботу, просуванні по службі чи здійсненні професійної кар'єри й у разі звільнення працівника покладається на роботодавця [1].

У ст. 1 Проекту Трудового кодексу пропонується визначення понять, серед яких варто проаналізувати поняття основних суб'єктів трудових правовідносин – працівника та роботодавця. Так, відповідно до зазначеної норми працівник – це фізична особа, яка вступила у трудові правовідносини з роботодавцем і особисто виконує визначений їй роботодавцем обсяг робіт за обіцяну чи фактично сплачену винагороду. Поряд з поняттям «працівник» використовується поняття «неповнолітній працівник», тобто працівник якому не виповнилося вісімнадцяти років. Частина 2 статті 50 зазначає, що повна трудова правоздатність і дієздатність працівника виникає при досягненні ним шістнадцяти років. Для окремих категорій працівників законом може бути встановлено вищий віковий ценз. Надавши працівнику з 16 років повну трудову правосуб'єктність, розробники проекту закріпили право за батьками таких неповнолітніх працівників ініціювати розірвання трудового

договору, якщо продовження його чинності загрожує його здоров'ю або порушує його законні інтереси (ч.1 ст. 171). Позитивним є відмова розробників проекту від вживання такої категорії працівників як робітник, яка визначена у чинному КЗпП України та вживалась у всіх попередніх проектах. Адже вбачається невиправданим перенесення у новий нормативний акт понять, що застосовувались раніше та змінили обсяг свого змісту й правове значення у сучасний період.

Серед учасників правовідносин, що пов'язані із трудовими проект Трудового кодексу визначає представника працівника, який у разі відсутності профспілки вправі представляти інтереси працівника перед роботодавцем, у тому числі при укладенні колективного договору (ст. 54).

Особливо цікавим є визначення поняття роботодавця у запропонованому акті. А саме, під ним слід розуміти фізичну або юридичну особу, яка використовує найману працю і, як фізична особа, може вступати в трудові правовідносини незалежно від віку та наявності цивільно-правової дієздатності.

Тобто роботодавцем-фізичною особою може бути особа, молодша від неповнолітнього працівника. Якщо фізична особа – роботодавець не володіє повною цивільною дієздатністю, юридичні дії від її імені в трудових правовідносинах і правовідносинах, що передують трудовим, здійснює представник, відповідно до положень цивільного законодавства (ч. 7 ст. 50). Проект розмежує роботодавців-фізичних осіб: фізичні особи, які вправі без будь-яких обмежень використовувати найману працю для задоволення особистих потреб та ведення домашнього господарства та фізичні особи-роботодавці, які зареєстровані в якості суб'єктів підприємницької діяльності та мають право використовувати найману працю з метою отримання прибутку (ст. 505).

Не дивлячись на те, що за проектом Трудового кодексу трудовий договір має бути укладено у письмовій формі, кодекс містить виключення для випадків укладення договору найманого працівника з роботодавцем-суб'єктом малого підприємництва та роботодавцем-фізичною особою. Так за ч. 1 ст. 86 проекту трудовий договір з працівником укладається в письмовій формі (крім працівників, які працюють у роботодавця – суб'єкта малого підприємництва або у роботодавця – фізичної особи, з

якими трудовий договір може укладатися в тому числі і в усній формі [1]. Укладення трудового договору в усній формі може ускладнити для найманого працівника процес доказування факту роботи на підприємстві в разі виникнення конфліктної ситуації.

Викликає занепокоєння положення ст. 84 проекту, яка визначає обов'язкові умови трудового договору. По-перше, вона встановлює, що трудовий договір може містити інші додаткові, не передбачені даним кодексом, нормативно-правовими й локальними нормативними актами про працю, взаємні зобов'язання сторін, а також додаткові підстави для припинення трудового договору (в тому числі й дострокового). По-друге, передбачається можливість розширення трудової функції працівника що відповідно до кваліфікаційних характеристик належать до іншої професії у разі коли працівник не повністю завантажений обов'язками за основною трудовою функцією. Дана норма відкриває широкі можливості для зловживань з боку роботодавця. Враховуючи доволі поширену практику, за якою наймані працівники не завжди уважно читають та можуть проаналізувати положення договору, які розроблені роботодавцем із залученням професійних юристів, цілком вірогідною видається ситуація включення до трудового договору положень, які будуть містити не передбачені законодавством обов'язки працівника та погіршувати його становище.

В проекті Трудового кодексу також пропонується зменшити строк повідомлення працівника про зміну істотних умов праці порівняно з чинним КЗпП України. За чинною ч. 3 ст. 32 КЗпП України про зміну істотних умов праці – систем та розмірів оплати праці, пільг, режиму роботи, встановлення або скасування неповного робочого часу, суміщення професій, зміну розрядів і найменування посад та інших – працівник повинен бути повідомлений не пізніше ніж за два місяці [2]. А за ст. 125 проекту Трудового кодексу про наступну зміну основних умов трудового договору (ст. 84) чи істотних умов праці (ст. 200) працівник має бути попереджений роботодавцем не пізніше ніж за місяць. Проект передбачає можливість переведення на один місяць й без згоди працівника (ст. 132). Дане положення є й у чинному КЗпП України (ч.2

ст. 33).

Проектом змінений перелік документів, які подає особа при прийнятті на роботу. Так, окрім звичних документів що посвідчують особу, освіту тощо, ст. 69 визначає обов'язковим посвідчення застрахованої особи. Однак його відсутність не є перешкодою для оформлення на роботу, так як вказана норма зобов'язує роботодавця отримати для цієї особи таке посвідчення. Якщо мається на увазі свідоцтво про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, то його номер збігається з номером ідентифікаційного коду платника податків, який також подається при прийнятті на роботу, а тому дані положення є суперечливими. Крім того, непринятною є норма яка надає право роботодавцю збирати інформацію про ділові та професійні якості працівників усіма дозволеними законом України засобами. Це можна трактувати як втручання у приватне спілкування особи, якщо не буде уточнено вид інформації та джерела її отримання (ст. 386). Роботодавець може з'ясувати професійні та ділові якості працівника іншими засобами, зокрема при прийнятті на роботу через ознайомлення з документами про освіту, про попередню трудову діяльність працівника, встановивши попереднє випробування для працівника або ж конкурсний відбір та інше.

Аналізований проект Трудового кодексу залишив положення чинного трудового законодавства, за яким допустимою є виплата заробітної плати за письмовою заявою працівника натурою (за цінами не вище собівартості), скоротивши лише її розмір – не більше десяти відсотків нарахованої за місяць у тих галузях або за тими професіями, де така виплата, еквівалентна за вартістю оплаті праці у грошовому виразі, є звичайною або бажаною для працівників (ст. 321).

Позитивною новацією проекту Трудового кодексу є державне регулювання оплати праці не лише через встановлення розміру мінімальної заробітної плати, яка є державною соціальною гарантією, обов'язковою на всій території України для підприємств, установ, організацій усіх форм власності й господарювання та фізичних осіб, а й визначення гарантованої заробітної плати, тобто мінімального розміру заробітної плати працівників відповідних класифікаційних груп, який є обов'язковим для підприємств, установ, організацій, що не входять до

сфери дії галузевих угод, та фізичних осіб, які використовують працю найманих працівників (ст. 317). Таким чином, гарантована заробітна плата може бути вищою як мінімальна, адже її розмір встановлюється залежно від складності, відповідальності виконуваних робіт та кваліфікації працівника. Дані положення проекту узгоджуються з принципом соціальної справедливості та сприятимуть реалізації права працівників на належну оплату за свою працю.

Не надто позитивні нововведення для працівника запропоновані розробниками проекту Трудового кодексу у сфері трудової дисципліни. Зокрема, у ч. 2 ст. 416 визначається перелік випадків, які слід вважати грубим порушенням трудових обов'язків. З-поміж них викликає зауваження пункт 6 – відмова у наданні інформації у разі, коли законодавство чи правила внутрішнього трудового розпорядку вимагають її надавати, або надання у цих випадках завідомо невірної інформації. Знову ж таки, перш ніж визначати таке діяння як грубе порушення трудових обов'язків, слід визначитись з видом та обсягом інформації, надання якої має бути обов'язковим працівника, та визначити обов'язком працівника у ст. 53 надання будь-якої інформації. У будь-якому випадку за грубе порушення трудових обов'язків до працівника можуть застосуватись такі дисциплінарні засоби (а не стягнення) – попередження чи догана.

Викликає схвалення запропонована у проекті низка новел, а саме: запровадження системи заходів відповідальності за порушення роботодавцем законодавства про працю, шляхом визначення розмірів штрафів (ст.ст. 114-115); можливість надання працівнику заохочувальних відпусток за сумлінне виконання трудових обов'язків, тривалу добросовісну працю та з інших підстав тривалістю до 7 календарних днів із збереженням заробітної плати. (ст. 265); обмеження кількості діб відрядження для кожного працівника – не більше шістдесяти діб на календарний рік, а також закріплення додаткових гарантій для працівників, які направляються у відрядження (ст. 330).

Незважаючи на перспективу запровадження позитивних новацій у трудове законодавства, які пропонуються у проекті Трудового кодексу

України, невиправданим є відсутність у книзі 9 кодексу «Особливості регулювання трудових правовідносин із участю окремих категорій роботодавців і працівників» норм, які б регулювали трудові відносини за участю жінок, особливо таких, які поєднують роботу з материнством, та молоді. Незважаючи на закріплену у проекті гендерну рівність у трудових відносинах, праця жінок має свої особливості, а тому хаотичне закріплення в межах всього документу положень, які стосуються вказаної категорії працівників, не сприятиме ефективності реалізації трудових відносин за їх участю. Дане упущення повинне бути виправлене, виходячи із специфіки методу єдності та диференціації правового регулювання праці, шляхом об'єднання всіх положень, які стосуються праці жінок чи молоді в окремі розділи кодексу.

Таким чином, запропонований новий урядовий проект Трудового кодексу України містить низку антисоціальних норм, які в разі ухвалення кодексу будуть безумовно погіршувати становище найманого працівника. Тому вказаний проект потребує серйозного доопрацювання із залученням громадськості, представників працівників, роботодавців, науковців та практиків.

Література

1. Проект Трудового кодексу України, розроблений Міністерством соціальної політики України від 12.11.2014 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.mlsp.gov.ua/labour/control/uk/publish/category?cat_id=164623.
2. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.

Анотація

Басай В.Д., Мединська Л.В. Новації проекту Трудового кодексу України 2014 року. – Стаття.

В статті аналізуються положення проекту Трудового кодексу України, який запропонований для обговорення Міністерством соціальної політики України 12.11.2014р. Досліджуються позитивні та негативні сторони законопроекту. Пропонуються положення, спрямовані на доопрацювання даного документу.

Ключові слова: трудове законодавство, трудові правовідносини, законопроект.

Аннотація

Басай В.Д., Мединська Л.В. Новации проекта Трудового кодекса Украины 2014 года. – Статья.

В статье анализируются положения проекта Трудового кодекса Украины, который предложен для обсуждения Министерством социальной политики Украины 12.11.2014 г. Исследуются положительные и отрицательные стороны законопроекта. Высказываются предложения, направленные на доработку данного документа.

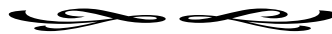
Ключевые слова: трудовое законодательство, правоотношения в сфере трудового права, законопроект.

Summary

Basay V.D. Medynska L.V. Innovations of the Labour Code of Ukraine Draft of 2014. – Article.

The article analyzes the new draft of Labour Code of Ukraine proposed to discuss by the Ministry of Social Policy of Ukraine on 12.11.2014. The positive and negative aspects of the bill are studied. The offers to improve this document are proposed.

Key words: labor legislation, labor legal relations, draft.



УДК 349.4

В. О. Джуган

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного та
господарського права і процесу
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету
«Одеська юридична академія»

**ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ ІСТОРИКО-КУЛЬТУРНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ
В УКРАЇНІ**

Однією з основних проблем правового режиму земель історико-культурного призначення в Україні є правове регулювання їх правової охорони. Забруднення довкілля, проведення земляних робіт без відповідного дозволу, засмічення, будівництво споруд без дотримання будівельних, архітектурних норм, порушення традиційного характеру середовища призводить до руйнування об'єкта культурної спадщини та погіршення стану земель історико-культурного призначення. Проблему правової охорони об'єктів культурної спадщини досліджували такі українські вчені-правознавці, як: Т.Г. Каткова [1], О.Р. Копієвська [2], Т.В. Курило [3], В.В. Максимов [4], О.І. Мельничук [5], але їх наукові праці не охоплюють питань охорони земель історико-культурного призначення.

Дане питання регулюється Конвенцією ЮНЕСКО «Про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини» 1972 р., Конституцією України (далі – КУ), Законом України «Про природно-заповідний фонд», Законом України «Про охорону культурної спадщини» (далі - Закон), Законом України «Про охорону археологічної спадщини», Законом України «Основи законодавства про культуру». Слід прийняти єдиний документ, який визначатиме державний механізм правового регулювання у цій сфері.

Охорона культурної спадщини є комплексом заходів обліку, захисту, збереження, належного утримання та використання, консервації, реставрації, реабілітації та музеєфікації об'єктів культурної спадщини [6, с. 385]. Ст. 1 Закону визначає охорону культурної спадщини як систему правових, організаційних, фінансових, матеріально-технічних, інших заходів з обліку, запобігання руйнуванню, заподіяння шкоди, захист, збереження, утримання, належне використання, консервація, реставрація, ремонт, реабілітація, пристосування, музеєфікація об'єктів культурної спадщини [7].

Державне екологічне управління землями історико-культурного призначення в Україні здійснюють органи загальної компетенції (Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Верховна Рада України, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування та їх виконавчі органи) та органи спеціальної

компетенції (Міністерство екології та природних ресурсів України, Міністерство культури України, Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, Державне агентство земельних ресурсів України, Державна архітектурно-будівельна інспекція України, спеціальні адміністрації Міністерства екології та природних ресурсів України тощо). Доцільною є думка Т.Г. Каткової, яка вважає, що слід передбачити обов'язкову участь громадськості у пам'яткоохоронній справі та включити до державних комісій громадян (різних спеціалістів, науковців по охороні культурного надбання) у згаданому Закону [8, с. 93].

Пам'ятко-охоронне законодавство України передбачає можливість створення консультативних рад науковців, але це не є обов'язково. Згідно з ст. 7 Закону, для розгляду наукових рекомендацій щодо розроблення основних напрямів розвитку охорони культурної спадщини тощо центральний орган виконавчої влади у сфері охорони культурної спадщини створює науково-методичні ради з провідних учених і висококваліфікованих фахівців-практиків. Положення про них затверджуються центральним органом виконавчої влади у сфері охорони культурної спадщини. Витрати, пов'язані із роботою цих рад здійснюються зазначеними органами охорони культурної спадщини (ст. 8). Незалежні групи спеціалістів з ініціативи об'єднань громадян, органів охорони культурної спадщини, виконавчої влади, місцевого самоврядування, власними коштами або на громадських засадах, можуть здійснювати громадську експертизу про охорону культурної спадщини. Її висновки необов'язкові до виконання, хоча можуть враховуватися органами виконавчої влади та місцевого самоврядування при прийнятті рішень (ст. 11 Закону) [8]. Отже, питання залучення громадськості до пам'яткоохоронної справи немає достатньої правової регламентації.

У Земельному кодексі України (далі – ЗК України) питанню охорони земель присвячений окремий розділ, що розкриває поняття, завдання та порядок охорони земель. Згідно ст. 162 ЗК України, охорона земель – це система правових, організаційних, економічних, інших заходів, спрямованих на раціональне використання, запобігання

необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення і підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення» [9]. Аналогічне визначення міститься у ст. 1 Закону України «Про охорону земель» [10]. Зміст охорони земель закріплений ст. 164 ЗК України та включає: обґрунтування, забезпечення досягнення раціонального землекористування; захист сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників від необґрунтованого їх вилучення для інших потреб; захист земель від ерозії, селів, підтоплення, заболочування, вторинного засолення, переосушення, ущільнення, забруднення відходами виробництва, хімічними та радіоактивними речовинами та від інших несприятливих природних і техногенних процесів; збереження природних водно-болотних угідь; попередження погіршення естетичного стану та екологічної ролі антропогенних ландшафтів; консервацію деградованих і малопродуктивних сільськогосподарських угідь [9]. Охорона земель зорієнтована на охорону земель сільськогосподарського призначення, а охорона земель інших категорій визначена досить поверхнево. Щодо земель історико-культурного призначення йдеться про особливий режим їх використання, але таку специфіку має кожна категорія земель. Є лише деякі норми про їх охорону.

Землі історико-культурного призначення потребують охорони як під час експлуатації пам'яток історії та культури, так під час проведення певних видів робіт. Не зважаючи на широкий негативний вплив на них та довкілля, законодавством передбачені поодинокі охоронні заходи щодо таких земель. Певні охоронні заходи, які застосовуються до земель історико-культурного призначення передбачено ст. 47 Закон України «Про охорону земель», згідно з якою використання ерозійно- та зсувонебезпечних земельних ділянок дозволяється за умови вжиття заходів щодо їх протиерозійного та протизсувного захисту, передбачених законодавством України. Вони передбачають також у землевпорядній, містобудівній та іншій документації. Тому власники та користувачі земельних ділянок мають здійснювати ґрунтоохоронні заходи для

запобігання погіршенню їх якості, якості суміжних ділянок та довкілля в цілому [10].

Ст. 46 цього закону забороняє несанкціоноване скидання, розміщення відходів на землях природно-заповідного, історико-культурного призначення тощо, що створює небезпеку для довкілля та здоров'я людини [10].

Закріплені певні обмеження щодо будівництва автодоріг на землях історико-культурного призначення. Експлуатація автодоріг загального користування та інших об'єктів автотранспорту негативно впливає на стан довкілля. Згідно Закону України «Про природно-заповідний фонд України», на землях природоохоронного, історико-культурного призначення забороняється будь-яка діяльність, що негативно впливає або може негативно впливати на стан природних та історико-культурних комплексів та об'єктів, перешкоджає їх використанню за цільовим призначенням (ст. 7) [10]. Отже, існує заборона розміщення таких об'єктів на цій категорії земель.

Згідно ст. 50 Закону України «Про охорону земель», охорона земель оздоровчого, рекреаційного, історико-культурного, природно-заповідного, іншого природоохоронного призначення здійснюється шляхом їх включення до складу екологічної мережі, обмеження їх вилучення (викупу) для інших потреб, обмеження антропогенного впливу на такі землі. Порядок їх використання, створення екомережі встановлюється законодавством України [11]. Відносини, пов'язані з формуванням екомережі, регулюються законами України «Про екологічну мережу України» [12], «Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000 – 2015 роки» [13], «Про Генеральну схему планування території України» [14], ЗК України [9] та іншими нормативно-правовими актами.

Землі історико-культурного призначення мають особливу цінність та підлягають особливій охороні, але об'єктом екомережі Закон України «Про екологічну мережу України» їх не визначає. До об'єктів екомережі відносяться території та об'єкти природно-заповідного, водного та лісового фонду, сільськогосподарські угіддя екстенсивного використання

тощо. Відповідно до ст. 5 цього закону, складовими елементами екомережі є: території та об'єкти природно-заповідного фонду; землі водного фонду, водно-болотні угіддя, водоохоронні зони; землі лісогосподарського призначення; полезахисні лісові смуги та інші захисні насадження, які не віднесені до земель лісового фонду; землі оздоровчого призначення з їх природними ресурсами; землі рекреаційного призначення, які використовуються для організації масового відпочинку населення і туризму та проведення спортивних заходів; інші природні території та об'єкти; земельні ділянки, на яких зростають природні рослинні угруповання, занесені до Зеленої книги України; території, які є місцями перебування чи зростання видів тваринного і рослинного світу, занесені до Червоної книги України; частково землі сільськогосподарського призначення екстенсивного використання – пасовища, луки, сіножаті тощо; радіоактивно забруднені землі, що не використовуються та підлягають окремій охороні як природні регіони з окремим статусом [7]. Отже, згідно Закону України «Про екологічну мережу України», землі історико-культурного призначення не віднесено до складу екомережі, хоча ст. 50 Закону України «Про охорону земель» вказує, що охорона таких земель має здійснюватися шляхом їх включення до екомережі. Невідповідність цих норм можна пояснити так: не всі землі історико-культурного призначення є природними територіями, на яких є об'єкти, що мають особливу природну цінність; площа таких земель, місце їх розташування, призначення об'єктів культурної спадщини не завжди дозволяє включити до складу екомережі ці землі. Отже, до екомережі можуть бути віднесені землі історико-культурного призначення в межах природно-заповідного фонду або великі природно-культурні комплекси, що мають особливу історико-культурну природну цінність. Тобто, це землі зі складним правовим режимом. Слід змінити ст. 5 Закону України «Про екологічну мережу України» та додати до її складових землі історико-культурного призначення з особливою історико-культурною цінністю в межах природно-заповідного фонду та інші великі природно-культурні комплекси. Наприклад, території культурного ландшафту, віднесені до цієї категорії земель.

Згідно ч. 2 ст. 17 Закону України «Про екологічну мережу

України», включення територій та об'єктів екомережі до відповідних переліків здійснюється за рішенням органів виконавчої влади та місцевого самоврядування згідно їх повноважень у порядку, визначеному Урядом [12].

Державний контроль за формуванням, збереженням та використанням екомережі здійснюється спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань охорони довкілля, закон дозволяє здійснювати громадський контроль. Її території та об'єкти підлягають державному обліку, якщо вони є складовою частиною державного земельного кадастру, державних кадастрів інших природних ресурсів, територій та об'єктів природно-заповідного фонду, державної статистичної звітності (ст. 21 Закону України «Про екологічну мережу України») [12]. Державний моніторинг екомережі включає систему спостережень, спрямованих на оцінку цілісності екомережі, стану природних комплексів та об'єктів, включених до переліків екомережі, своєчасне виявлення негативних змін, прогнозування їх можливого розвитку, розроблення відповідних прогнозів, рекомендацій щодо формування, збереження, використання екомережі. Він належить до моніторингу довкілля і здійснюється в порядку, визначеному Урядом.

Згідно ст. 150 ЗК України, землі історико-культурного призначення належать до особливо цінних земель, що мають винятковий порядок вилучення, постійного користування для суспільних та інших потреб. Вилучення земель, що перебувають у державній або комунальній власності для несільськогосподарських потреб не допускається, крім деяких випадків (будівництва об'єктів загальнодержавного значення, ліній електропередачі тощо). Винятковий порядок вилучення особливо цінних земель передбачає його здійснення за згодою землекористувачів, на підставі постанови Кабінету Міністрів України, за згодою Верховної Ради України [9].

У разі відмови будь-кого з учасників процесу в погодженні місця розташування об'єкта ці питання вирішуються в судовому порядку. Порядок узгоджень, які слід здійснити до розгляду Верховною Радою України питання щодо вилучення цих земель, закріплено ст. 151 ЗК

України [9].

Згідно ст. 41 Конституції України, вилучення земель, що перебувають у приватній власності, навіть особливо цінних є неможливим, лише з мотивів суспільної необхідності [15]. До них ст. 146 ЗК України відносить такі потреби: під будівлі та споруди органів державної влади та місцевого самоврядування; під будівлі, споруди та інші виробничі об'єкти державної та комунальної власності; під об'єкти природно-заповідного, іншого природоохоронного призначення; оборони та національної безпеки; під будівництво та обслуговування лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури; під розміщення дипломатичних, прирівняних до них представництв іноземних держав та міжнародних організацій; під міські парки, майданчики відпочинку для обслуговування населення [9]. Слід видалити зі ч. 3 ст. 150 ЗК України термін «вилучення», залишивши лише «викуп» земельних ділянок особливо цінних земель.

Обов'язковою умовою експлуатації нерухомих об'єктів культурної спадщини є укладення охоронного договору між власником (користувачем) пам'ятки та відповідним органом охорони культурної спадщини. Згідно Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку укладення охоронних договорів на пам'ятки культурної спадщини» від 28 грудня 2001 р. № 1768, охоронний договір встановлює режим використання пам'ятки культурної спадщини чи її частини, зокрема, території, на якій вона розташована. Власник пам'ятки чи її частини або уповноважений ним орган (особа) зобов'язаний не пізніше 1 місяця з моменту отримання пам'ятки чи її частини у власність або у користування укласти охоронний договір з відповідним органом охорони культурної спадщини (п. 2) [16]. Такі договори на пам'ятки архітектури, містобудування, монументального, садово-паркового мистецтва, ландшафтні пам'ятки погоджуються з Державною архітектурно-будівельною інспекцією, а на пам'ятки монументального мистецтва, не пов'язані з архітектурними пам'ятками, комплексами, ансамблями, археологічні, історичні пам'ятки – з Міністерством культури України. Власник пам'ятки (уповноважений орган) повинен забезпечити дотримання вимог протипожежної, санітарної, екобезпеки, режим

використання пам'яток, пов'язаних з ними будівель, територій, культурних цінностей. Існує проблема організаційного характеру щодо їх укладення, тому слід вводити штрафи за їх відсутність або укладення з порушенням строків.

Збереження історико-архітектурної спадщини пов'язане з містобудівними заходами, закладеними у генеральний план міста, проектами планування його центру. Встановлюються межі історичних ареалів та зон охорони пам'яток архітектури, враховуючи проведені трансформації міста. Їх правовою основою є: ДБН 360-92 «Містобудування, планування та забудова міських та сільських поселень» [17], Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць» від 13 березня 2002 р. № 318 [18].

Згідно ст. 32 Закону, для захисту традиційного характеру середовища окремих об'єктів культурної спадщини навколо них мають встановлюватися зони охорони пам'яток:

1) охоронні зони пам'яток архітектури, історії та культури, які включають території та виділяються для збереження та відтворення найближчого історичного середовища, головним чи суттєвим елементом якого є пам'ятка;

2) зони регулювання забудови, які охоплюють пов'язані з пам'яткою ділянки історичної забудови і розпланування, території, на які поширюється композиційно-видовий вплив пам'ятки (місця огляду, території, що оглядаються разом з нею в інших пейзажах і видах; ділянки, на яких необхідно регулювати висоту нової забудови для збереження цінних пейзажів і видів);

3) зони охоронюваного ландшафту, які охоплюють територію природних утворень, що становлять характерне середовище пам'ятки, і ті, що відіграють важливу роль у створенні цінних пейзажів з пам'ятками архітектури;

4) зони охорони цінного археологічного культурного шару, які встановлюються в межах територій історичних населених місць,

обмежених лініями укріплень з урахуванням передмість, некрополів тощо. Це території, за межами охоронних зон та пам'яток археології, де можливе існування археологічного культурного шару [7].

Їх закріплює також ч. 2 ст. 54 ЗК України. Різниця між ними полягає лише у закріпленні кола об'єктів культурної спадщини, навколо яких встановлюються зони охорони. Якщо пам'ятко-охоронним законодавством до таких об'єктів віднесено пам'ятку чи їх комплекс, то ЗК України їх коло звужує до: історико-культурних заповідників, меморіальних парків, давніх поховань, архітектурних ансамблів і комплексів [9]. У зв'язку з цим слід внести зміни до ч. 2 ст. 54 ЗК України за аналогією ст. 32 Закону. Законодавство передбачає також спеціальні положення щодо зонування території самих об'єктів історико-культурної спадщини (зокрема, музеїв). Так, за ст. 11 Закону України «Про музеї та музейну справу», на території музею може бути виділено заповідну, експозиційну, наукову, рекреаційну та господарську зони з особливим правовими режимами [19]. Вони є землями історико-культурного призначення, включаються до державного земельного кадастру, проектів землеустрою та іншої землевпорядної документації.

Відповідно до ст. 181 ЗК України [9] та ст. 1 Закону України «Про землеустрій» від 22 травня 2003 р. № 858-IV [20], землеустрій являє собою сукупність соціально-економічних та екологічних заходів, спрямованих на регулювання земельних відносин та регіональної організації території адміністративно-територіальних утворень, суб'єктів господарювання, що здійснюються під впливом суспільно-виробничих відносин і розвитку продуктивних сил. Мета землеустрою полягає у забезпеченні раціонального використання та охорони земель, створенні сприятливого екологічного середовища та поліпшенні природних ландшафтів (ст. 182 ЗК України) [9].

За ст. 193 ЗК України [9] та Постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок введення державного земельного кадастру» від 12 січня 1993 р. № 15 [21], державний земельний кадастр – це єдина державна система земельно-кадастрових робіт, яка встановлює процедуру визнання факту виникнення чи припинення права власності на земельні ділянки і права користування ними та містить сукупність відомостей і

документів про місце розташування, правовий режим цих ділянок, їх оцінку, класифікацію земель, кількісну, якісну характеристику, розподіл серед власників землі та землекористувачів.

Проведення дій, спрямованих на облік об'єктів культурної спадщини, складання облікової карти, паспорту потребує значних фінансових ресурсів. Виділення коштів на це останнім часом або зовсім призупинено, або відбувається дуже повільно. У зв'язку з цим облік існуючих нерухомих об'єктів історії та культури найближчим часом не буде завершено.

Отже, охорона земель історико-культурного призначення є системою правових, організаційних, економічних, технологічних та інших заходів, спрямованих на забезпечення особливостей їх використання та збереження, забезпечення правового впливу на поведінку учасників земельних відносин, об'єктом яких є землі історико-культурного призначення, досягнення мети державної політики їх особливої охорони, яка визначається системою заходів природоохороного, ресурсозберігаючого та відтворювального характеру.

Охорона земель історико-культурного призначення може бути забезпечена шляхом: організації систематичних спостережень за станом таких земель та пам'яток історії та культури; проведення комплексних досліджень із метою розробки наукових основ їх збереження та ефективного використання; проведення екологічних експертиз; запровадження економічних важелів стимулювання їх охорони; розробки проектної та проектно-планувальної документації; землевпорядкування; складання проектів землеустрою; встановлення підвищеної відповідальності за порушення режиму охорони та використання таких земель, а також за знищення чи пошкодження пам'яток, їх ансамблів (комплексів); здійснення державного та громадського контролю за додержанням режиму їх охорони та використання; посилення нагляду за додержанням законодавства щодо охорони культурної спадщини, у тому числі в акваторіях водойм та морів, а також у місцях проведення археологічних розкопок, тощо.

Література

1. Каткова Т.Г. Правова охорона культурної спадщини в Україні / Т.Г. Каткова. – Харків: Право, 2008. – 216 с.
2. Копієвська О.Р. Право та охорона історико-культурної спадщини (теоретичний аспект дослідження) / О.Р. Копієвська // Держава і право. – 2005. – № 30. – С. 25–31.
3. Курило Т.В. Проблеми реалізації законодавства України про охорону культурної спадщини та деякі шляхи їх подолання / Т.В. Курило // Право України. – 2003. – № 3. – С. 125–127.
4. Максимов В.В. Правова охорона культурних цінностей у Конвенціях ЮНЕСКО: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д. ю. н.: спец. 12.00.12 / В.В. Максимов. – К., 1997. – 16 с.
5. Мельничук О.І. Статус всесвітньої культурної та природної спадщини людства в міжнародному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д. ю. н.: спец. 12.00.11 / О.І. Мельничук. – К., 2006. – 19 с.
6. Юридична енциклопедія: в 6 т. / за ред. Ю.С. Шемшученко. – К.: Українська енциклопедія, 2002. – Т. 4: Н–П. – 720 с.
7. Про охорону культурної спадщини: Закон України від 08 червня 2000 р. № 1805-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 39. – Ст. 333.
8. Каткова Т.Г. Правова охорона культурної спадщини в Україні / Т.Г. Каткова. – Харків: Право, 2008. – 216 с.
9. Земельний кодекс України: Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.
10. Про охорону земель: Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 29. – Ст. 1431.
11. Про природно-заповідний фонд України: Закон України від 16 червня 1992 р. № 2456-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 502.
12. Про екологічну мережу України: Закон України від 24. червня 2004 р. № 1864-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 45. – Ст. 502.
13. Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки: Закон України від 21 вересня 2000 р. № 1989-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 47. – Ст. 405.
14. Про Генеральну схему планування території України : Закон України від 07 лютого 2002 р. № 3059-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 30. – Ст. 204.
15. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 14.
16. Про затвердження Порядку укладення охоронних договорів на пам'ятки культурної спадщини: постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2001 р. № 1768 // Офіційний вісник України. – 2002. - № 1. – Ст. 77.
17. ДБН 360-92**. Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень: наказ Державного комітету України у справах містобудування і архітектури від 17 квітня 1992 р. № 44 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа:

http://dbn.at.ua/load/normativy/dbn/dbn_360_92_ua/1-1-0-116.

18. Про затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць: постанова Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 318 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 12. – Ст. 587.

19. Про музеї та музейну справу: Закон України від 29 червня 1995 р. № 249/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. - № 25. – Ст. 191.

20. Про землеустрій: Закон України від 22 травня 2003 р. № 858-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 25. – Ст. 1178.

21. Про порядок ведення державного земельного кадастру: постанова Кабінету Міністрів України від 12 січня 1993 р. № 15 // Зібрання постанов Уряду України. – 1993. – № 3. – Ст. 55.

Анотація

***Джуган В. О. Проблеми організаційно-правового забезпечення охорони земель історико-культурного призначення в Україні.* – Стаття.**

У статті досліджуються основні проблеми організаційно-правового забезпечення земель історико-культурного призначення на основі аналізу норм земельного законодавства України. В результаті дослідження заходів забезпечення охорони цієї категорії земель автор зробить належні висновки та пропонує відповідні зміни до законодавства.

Ключові слова: землі, земельна ділянка, землі історико-культурного призначення, охорона земель, управління землями, зони охорони пам'яток, охоронний договір, землеустрій, державний земельний кадастр.

Аннотация

***Джуган В. О. Проблемы организационно-правового обеспечения охраны земель исторически-культурного назначения в Украине.* – Статья.**

В статье исследуются основные проблемы организационно-правового обеспечения земель исторически-культурного назначения на основе анализа норм земельного законодательства Украины. В результате исследования мер обеспечения охраны этой категории земель автор сделает надлежащие выводы и предлагает соответствующие изменения в законодательство.

Ключевые слова: земли, земельный участок, земли исторически-культурного назначения, охрана земель, управление землями, зоны охраны памятников, охранный договор, землеустройство, государственный земельный кадастр.

Summary

***Dzhuhan V. O. Problems of Organizational and Legal Protection of Lands of Historical and Cultural Significance in Ukraine.* – Article.**

The author explores the concept of land and brings his definition of lands of historical and cultural significance as a system of legal, organizational, economic, technological and other measures to ensure their specific use and conservation, providing legal impact on the behavior of land relations, the object of which is a land of historical and cultural significance, the goal of the state policy of special protection measures determined by the system of nature conservation, resource saving and reproductive character.

Key words: lands, ground area, lands of historical and cultural significance, land management, protection zone of monuments, protection agreement, state land cadastre.



УДК 349.41

І.О. Костяшкін

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри трудового,
земельного та господарського права
юридичного факультету
Хмельницького університету
управління та права

РОЗПОДІЛ ЗЕМЕЛЬ У ПРАВОВОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ СОЦІАЛЬНОЇ ФУНКЦІЇ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ В УКРАЇНІ

Майже чверть століття Україна знаходиться на роздоріжжі визначення суб'єктного складу права власності на землю, територіального зонування та адміністративного устрою, які переважно залишаються спадщиною двадцятого сторіччя та не відповідають викликам сьогодення. Проблема розподілу земель завжди виступала ключовою у процесі цивілізаційного розвитку людства і може знайти своє вирішення лише за умови відповідності такого розподілу потребам та інтересам кожної людини та суспільства загалом, що лежить в площині реалізації соціальної функції права власності на землю. В даному випадку підтримуємо позицію В.І. Андрейцева, що створення правових засад для формування ринку земель, земельних ділянок, а, відтак, розвитку

ринкових земельних правовідносин, має підпорядкований і обслуговуючий характер стосовно правовідносин ефективного їх використання з тим, щоб створити у нових економічних умовах ринково-конкурентні засади для зміни нових власників земель та земельних ділянок, здатних фінансово, матеріально-технічно, екологічно, науково-консультативно забезпечити та організувати найбільш ефективне використання набутих на нових юридичних титулах об'єктів відповідно до сучасних вимог чинного законодавства з метою задоволення приватних та суспільних інтересів [1, с. 45-58]. Відтак, проблеми розподілу земель є визначальними в процесі проведення та завершення земельної реформи в Україні, що обумовлює актуальність дослідження теми роботи.

Широкий спектр питань розподілу земель та реалізації відповідних земельних прав є предметом низки наукових дискусій та монографічних досліджень. Серед них можна назвати праці В.І. Андрейцева, В.В. Носіка, І.І. Каракаша, М.В. Краснової, П.Ф. Кулинича, В.Л. Мунтяна, В.І. Семчика, Н.І. Титової, Ю.С. Шемшученка, М.В. Шульги та інших. Однак, названі автори розкривали лише окремі аспекти правового забезпечення в сфері розподілу земель не досліджуючи відповідне поняття в комплексі основних критеріїв, що слугують підставою для такого розподілу. Відсутність, на даний час, достатніх доктринальних напрацювань у сфері теоретико-методологічного забезпечення розподілу земель створюють певний вакуум у методологічному обґрунтуванні відповідних реформаційних процесів, які відбуваються в Україні.

З огляду на викладене, завданням даного дослідження є обґрунтування поняття та теоретико-правових засад розподілу земель в Україні з метою забезпечення соціальної функції прав землею.

Загальна закономірність проведення земельних реформ у будь-якій країні зводиться до необхідності забезпечення реалізації основних функцій, які об'єктивно виконує земля в природі, економіці, суспільстві [2, с. 14], що обумовлює відповідний розподіл земель. Тому в основу розподілу земель в найширшому розумінні слід покласти особливості об'єкту правового регулювання та його ролі в забезпеченні умов

життєдіяльності людини. Конституція України [3] закріплює низку правових принципів що визначають особливе місце землі як основного національного багатства, права власності Українського народу, та території, що виступає матеріальною основою територіальної цілісності, суверенітету та національної безпеки держави.

Проблемою наявного правового регулювання залишається відсутність розвитку земельного законодавства в напрямку імплементації положень Конституції, що зумовлює значні протиріччя суспільних та приватних інтересів в процесі реалізації управлінських функцій в сфері розподілу земель за основними критеріями, які включають: адміністративно-територіальний поділ; виділення окремих форм власності на землю; виділення окремих категорій земель з огляду на їх цільове призначення. Неузгодженість норм чинного ЗК України з нормами статей 13, 14 Конституції України, нормами Цивільного кодексу України щодо права власності на землю Українського народу, на думку В.І.Носіка, перешкоджає створенню в Україні такої інституційно-правової системи відносин власності на землю, яка є характерною для громадянського суспільства, в якому створена і підтримувана народом держава як політична організація суспільства є зобов'язаною перед кожним громадянином та всім народом, і тому покликана здійснювати свої владні повноваження в інтересах народу та суспільства, забезпечувати реалізацію і захист конституційних прав громадян [2, с.124]. Як наслідок не вирішеними залишаються проблеми адміністративно-територіальної реформи, реалізації права приватної власності на землю через наявність мораторію на продаж сільськогосподарських земель, обмеження земельних прав громадян внаслідок вузького цільового призначення земель, що в свою чергу обумовлює проблеми соціального, економічного та демографічного характеру. Аналіз судової практики засвідчує постійне зростання питомої ваги справ із застосуванням земельного законодавства в сфері розподілу та перерозподілу земель [4; 5], що підтверджує низьку ефективність правового механізму відповідного розподілу.

Питання розподілу земель за окремими критеріями (форми власності, цільове призначення, адміністративний поділ) носить

взаємопов'язаний характер. Так адміністративно-територіальний поділ покладено в основу розподілу земель на державну та комунальну форми власності. Аналогічно цільове призначення земель є підставою виділення об'єктів виключної державної чи комунальної власності. При цьому, в усіх випадках розподіл земель відображає необхідність реалізації приватних чи суспільних інтересів або їх поєднання, що потребує відпрацювання як єдиного поняття розподілу земель, так і окремих критеріїв та напрямків такого розподілу. Реалізація земельної реформи в Україні й пов'язана з нею трансформація земельних відносин, на думку М.В. Шульги, обумовили суттєві зміни їх змісту й характеру, що потребує нових підходів до регулювання сучасних земельних відносин. Ідеться, зокрема, про забезпечення оптимального співвідношення публічно-правових і приватноправових засад як специфічних засобів впливу на учасників земельних відносин [6, с. 112], що потребує першочергової реалізації в процесі розподілу земель, який має забезпечити їх подальше ефективне використання та збереження.

Зокрема, територіальний поділ України, ґрунтуючись на засадах єдності та цілісності державної території, передбачає відповідно ст. 132 Конституції України поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій. Такі підходи передбачають необхідність реформування адміністративно-територіального устрою з метою надання реальної можливості для членів територіальної громади отримати максимальну економічну, рекреаційну, оздоровчу ефективність від використання території адміністративної одиниці, та максимальну кількість послуг від органів влади на кожному рівні управління. Адміністративно-територіальний устрій покликаний забезпечити динамічний та збалансований соціально-економічний розвиток держави, та територіальних адміністративних утворень. Натомість, наявний на сьогодні адміністративно-територіальний поділ у сукупності з наслідками реформування земельних відносин призводить до вимирання населених

пунктів. Так, за роки незалежності з мапи України зник 641 сільський населений пункт, зокрема 40 селищ і 601 село. Зокрема, 528 сільських населених пунктів, серед яких 34 селища й 494 села зникли у зв'язку з відсутністю у них жителів, а 113 сільських населених пунктів, серед яких 6 селищ і 107 сіл - через об'єднання з іншими населеними пунктами або через включення їх у межі міст чи селищ міського типу[7; 8].

Земля як засіб виробництва та економічний базис значною мірою виведена з під впливу органів місцевого самоврядування і територіально є сферою реалізації повноважень органів державної влади. Цілком очевидно, що наявний територіальний устрій не сприяє розвитку економічної самостійності територіальних громад, адже питання розподілу сільськогосподарських земель сконцентровано в сфері повноважень державних органів. Фактично позбавлені засобу виробництва селяни втратили економічну мотивацію і почався процес урбанізації. Сільський бюджет, формується як правило з дотацій та складається лише із заробітної плати сільського голови та його секретаря. Сучасний адміністративно-територіальний устрій України адаптований до командно-адміністративної системи управління. Тому декларований за командно-адміністративної системи принцип відповідності систем територіального устрою та економічного районування потребує критичного перегляду. Як відзначається в наукових публікаціях, метою сучасного адміністративного поділу є створення в межах відповідних утворень максимально сприятливого соціально-економічного середовища, забезпечення відповідності адміністративно-територіального устрою держави основним європейським принципам побудови системи управління регіональним і місцевим розвитком, розбудови місцевого самоврядування, відповідності об'єктивним тенденціям регіоналізації соціально - економічних процесів [9]. Територіальні громади, через органи місцевого самоврядування мають отримати реальні механізми доступу до земельних ресурсів на території сільських рад, а земля має стати фактором економічного зростання територій.

Відповідно земельно-правова реалізація принципу територіальності спрямована на внутрішньо-планувальну організацію території держави, диференціацію структурно-цільового і функціонального призначення,

адміністративно-територіального планування і землі облаштування окремих територій з урахуванням природних і інших об'єктів, ресурсів, комплексів, ландшафтів, рішення соціально-економічних і інших завдань розвитку держави, і рельєфно відбиває юридично опосередкований зв'язок і приналежність конкретно-відокремлених територій (земель, земельних ділянок) на титулі права власності або права землекористування фізичних і юридичних осіб, територіальних громад, Українського народу і держави [1, с. 82].

У свою чергу набуття та здійснення права власності на землю окремими суб'єктами в межах території України можливе лише через розподіл земельної власності Українського народу, і держава в цьому випадку не може мати жодних переваг перед своїми громадянами. Слід погодитись з О.Г. Бондарем щодо передчасності з точки зору ієрархії нормативного регулювання земельних відносин Основним Законом і ЗК України, ототожнення державної власності на землі з правом власності Українського народу на землі та закріплення у ЗК України правила – «все державне, за виключенням земель приватної і комунальної власності», або проголошення в частині 2 статті 83 ЗК України, що у комунальній власності перебувають усі землі в межах населених пунктів, крім земель державної та приватної власності тощо [10, с. 74]. Адже Конституція України закріплює рівність суб'єктів права власності на землю, що зумовлює необхідність застосування єдиного порядку і у відносинах виділення та посвідчення юридичних титулів. Причому в основу відповідного розподілу варто запропонувати можливість забезпечення максимальної ефективності в процесі використання та охорони земель Українського народу тим чи іншим суб'єктом. Так, якщо мова йде про виробництво сільськогосподарської продукції пріоритет має надаватись приватній власності з огляду на можливість найкраще використати приватний інтерес та ініціативу, натомість в разі необхідності забезпечення збереження земель природно-заповідного фонду, в умовах обмеженої господарської діяльності, привалює публічний інтерес, що потребує закріплення таких земель у державній власності. За будь-яких умов, певна невизначеність та непослідовність законодавця у питаннях

розподілу земель за формами власності на землю чи цільовим призначенням вимагає відпрацювання теоретико-прикладного підходу щодо правового розуміння форми власності на землю з врахуванням особливого соціального значення відповідного економіко-правового явища, адже власність як економічна категорія має забезпечити соціальний ефект. Натомість право власності позбавлене механізмів реалізації є зайвим тягарем як для окремого громадянина, так і суспільства загалом. Відтак, розподіл в сфері власності на землю має забезпечити ефективний механізм переходу права власності до таких суб'єктів, що спроможні максимально ефективно використати земельну ділянку забезпечивши її збереження та охорону. Відповідний розподіл є запорукою здійснення права власності Українського народу через суб'єктів, що реалізують правомочності власника щодо конкретних земельних ділянок. Натомість традиційне розуміння форми власності як способу привласнення (присвоєння) індивідом об'єктів природи, є недостатнім для розкриття змісту відповідного економіко-правового явища. Форма власності в сучасних умовах є інструментом реалізації права власності на землю Українського народу через суб'єктів спроможних забезпечити поєднання суспільних та приватних інтересів в процесі здійснення відповідного права.

Водночас, право власності чи будь-який інший юридичний титул по відношенню земельної ділянки не наділяє абсолютними повноваженнями суб'єкта таких прав, у визначенні порядку її використання. Адже в земельно-правовому аспекті територія держави є сукупністю категорій земель по їх нормативно-правовому цільовому використанню із розташованими на них природними об'єктами, ресурсами, комплексами і ландшафтами, об'єктами виробничого, соціально-культурного, комунально-побутового і іншого соціально-економічного призначення з відповідним правовим режимом [1, с.80].

На жаль, функціонування вказаного інституту в сучасних реаліях викриває низку протиріч, що ставлять під сумнів не лише ефективність реалізації його правових норм, але викликають ряд нарікань зумовлених, як значним обмеженням прав власників земельних ділянок, так і необґрунтованим розподілом території держави загалом. Як відзначається

на законодавчому рівні, використання території України характеризується значними диспропорціями, зокрема надзвичайно високим, економічно та екологічно необґрунтованим рівнем господарського (передусім сільськогосподарського) освоєння території; значними площами та низькою щільністю забудови виробничих територій; нераціональним розміщенням виробничих та житлових територій; малою часткою територій природоохоронного, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення та інше. Основною причиною цих недоліків є відсутність науково обґрунтованої загальнодержавної стратегії ефективного використання території країни [11]. За твердженням В.В. Носіка, назріла потреба по-новому оцінити юридичну природу і значення поділу землі на категорії за цільовим призначенням з огляду на ті функції, що виконує земля в природі й суспільстві, а також сучасні тенденції розвитку ринкових земельних відносин і конституційні засади здійснення права власності на землю Українського народу [2, с. 172].

За таких умов дослідження актуальних проблем функціонування правового інституту цільового призначення земель видається можливим лише в контексті особливого соціально-правового значення землі та права власності на неї, тих особливих функцій, які поєднує земля як територіальний базис, природний ресурс та засіб виробництва, її значення як місця життєдіяльності людини та умов існування усіх інших природних об'єктів. Розглядаючи правове забезпечення розподілу земель за цільовим призначенням слід виходити з конституційної норми, щодо соціального змісту права власності на землю, як надбання усього Українського народу, визначення рівності суб'єктів права власності на землю перед законом, необхідності збереження якостей та властивостей землі як природного ресурсу. Тобто, конституційна норма, відображена певною мірою у Земельному кодексі України, визначає необхідність аналізу цільового призначення земель через призму соціальної функції права власності.

Запропоновані підходи створюють підстави для аналізу теоретико-правового змісту цільового призначення земель в контексті правового

забезпечення соціальної функції права власності на землю, що передбачає виконання ряду ключових умов: забезпечення правового режим земель як основного національного багатства та об'єкта права власності Українського народу; поєднання суспільних інтересів з гарантіями здійснення повноважень власника, суб'єктами публічного та приватного права; реалізацію множинності функцій землі, що обумовлені її важливою роллю для життя та господарської діяльності людини.

Підводячи підсумки, маємо відзначити особливу роль наукового обґрунтування та правового забезпечення розподілу земель в умовах проведення земельної реформи в Україні. При цьому, вказаний інститут є особливим інструментом поєднання суспільних та приватних інтересів, що закладає основу для подальшого ефективного функціонування земельних відносин загалом, забезпечення економічної та продовольчої безпеки в державі. Відтак, розподіл землі – це врегульований нормами права порядок поділу землі в межах території України за визначеними у законодавстві критеріями з метою забезпечення балансу публічних і приватних інтересів у використанні землі як об'єкта права власності Українського народу і основного національного багатства. Розподіл земель як ефективний механізм використання земель Українського народу, має гарантувати здійснення соціальної функції у відносинах власності на землю.

У свою чергу, подальшого дослідження вимагають проблеми правового регулювання цільового використання земель та шляхи трансформації вказаного інституту в контексті забезпечення соціальної функції права власності на землю, правове забезпечення переходу до ефективного власника на землі Українського народу, децентралізація у відносинах адміністративно-територіального поділу шляхом розширення повноважень органів місцевого самоврядування в сфері розподілу земель.

Література

1. Андрейцев В.І. Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії / В.І. Андрейцев. – К.: Знання. - 2005. – 445 с.
2. Носік В.В. Право власності на землю українського народу: монографія / В.В. Носік. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с.

3. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - №30. – Ст. 141.
4. Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001600-10>.
5. Практика розгляду судами земельних спорів // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.uazakon.com/document/fpart88/idx88007.htm>.
6. Шульга М.В. Концептуальні засади регламентації сучасних земельних відносин // Проблеми законності. – 2008. - №95 – С. 112-116.
7. Присяжнюк збирається рятувати села від вимирання кооперативним рухом // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://tyzhden.ua/News/76986>.
8. Українські села-примари: покинута спадщина країни // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://ukr.segodnya.ua/ukraine/ukrainskie-sela-prizraki-zabroshennoe-nasledie-strany-517959.htm>
9. Сорокіна Н.Г. Реформування адміністративно-територіального устрою України: проблеми та перспективи / Н.Г. Сорокіна // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.dridu.dp.ua/zbirnik/2010-01/10sngupp.pdf>
10. Бондар О. Г. Земля як об'єкт права власності за земельним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Бондар О. Г. - К., 2005. - 222 с.
11. Про Генеральну схему планування території України: Закон України від 07 лютого 2002 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 30. – Ст. 204.

Анотація

Костяшкін І.О. Розподіл земель у правовому забезпеченні соціальної функції права власності на землю в Україні. – Стаття.

В статті аналізуються проблеми правового регулювання розподілу земель в умовах земельної реформи в Україні. Розподіл земель досліджується через призму механізму використання земель Українського народу, та покликаний гарантувати здійснення соціальної функції у відносинах власності на землю. Визначено правові засади розподілу земель як особливого інструменту поєднання суспільних та приватних інтересів, що закладає основу для подальшого ефективного функціонування земельних відносин загалом, забезпечення економічної та продовольчої безпеки в державі.

Ключові слова: розподіл земель, соціальна функція, право власності на землю, земельна реформа.

Аннотация

Костяшкін И.А. Распределение земель в правовом обеспечении

соціальної функції права власності на землю в Україні. – Стаття.

В статті аналізуються проблеми правового регулювання розподілу земель в умовах земельної реформи в Україні. Розподіл земель досліджується через призму механізму використання земель Українського народу, і призначено гарантувати реалізацію соціальної функції в стосунках власності на землю. Визначено правові основи розподілу земель як спеціального інструмента поєднання суспільних і приватних інтересів, що є основою для подальшого ефективного функціонування земельних стосунків в цілому, забезпечення економічної і продовольчої безпеки в державі.

Ключові слова: розподіл земель, соціальна функція, право власності на землю, земельна реформа.

Summary

Kostyashkin I.O. Allocation of Lands in the Legal Regulation of the Social Function of Land Ownership in Ukraine. – Article.

The article pays attention to the problematic issues of land regulation during the land reform in Ukraine. The land allocation is studied through the prism of land using by Ukrainian people and aims to ensure the social function realization in the land ownership. The legal principles of land allocation are defined as the special instrument of public and private interest combination that found for the father land relation effective functioning, providing economical and food security in the country.

Keywords: allocation of land, social function, ownership of the land, land reform.



УДК 349.6

Л.В. Мендик

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового,
екологічного, земельного та
аграрного права Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

**ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЮРИДИЧНОЇ
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЛІСОПОРУШЕННЯ**

Особлива роль у механізмі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки належить інституту юридичної відповідальності. Адже саме завдяки йому можна не лише припинити порушення тих чи інших екологічно-правових норм, але й попередити та не допустити їх порушення в перспективі. Крім того, юридична відповідальність за порушення вимог екологічного законодавства в цілому виступає одним з дієвих, пріоритетних та ефективних способів захисту та гарантування екологічних прав громадян. Не є винятком з даного правила і юридична відповідальність за порушення вимог лісового законодавства, яка в свою чергу виступає необхідним елементом правового забезпечення охорони та використання лісів в Україні. Саме з таких позицій необхідно проаналізувати історичні аспекти зародження та розвитку правових норм щодо юридичної відповідальності за лісові правопорушення, і, на їх основі, визначити основні закономірності становлення даного інституту у законодавстві на території України.

Поняття юридичної відповідальності широко досліджується у науковій літературі та знайшло відображення у працях науковців в галузі теорії держави і права – С.С. Алексеєва, Б.Т. Базилева, П.М. Рабіновича та інших; наукові праці в галузі екологічного права – В.І. Андрейцева, В.Д. Басая, А.П. Гетьмана, В.В. Костицького, В.Л. Мунтяна, Г.М.Полянської, В.К. Попова, Г.В.Тищенко, Ю.С. Шемшученка та інших.

Слід відмітити, що у юридичній літературі пропонується здійснювати аналіз норм щодо охорони навколишнього природного середовища з огляду на три періоди: дореволюційний; радянський; сучасний [1, с. 28; 2, с. 76]. Не піддаючи критиці дану періодизацію, а, навпаки, позитивно її оцінюючи, зазначимо, що більшість науковців, які займались дослідженням проблем щодо правової охорони лісів, розглядали їх в історичному ракурсі саме з огляду на запропоновані хронологічні критерії. Так, С. М. Шершун, досліджуючи розвиток еколого-правового регулювання лісокористування, послідовно розглядає етапи становлення відповідного законодавства, включаючи періоди Київської Русі, Російської імперії за часів Петра I та Катерини II,

Російської імперії напередодні Жовтневої революції 1917 року, а також детально аналізує особливості правового забезпечення охорони лісів у радянський період та після здобуття Україною незалежності [3, с.7-8]. Я.М. Лазаренко також здійснював аналіз розвитку лісового законодавства України, починаючи з часів Київської Русі до правління Петра I, охоплюючи періоди правління Петра I та після його правління, радянський період, і завершив сучасним періодом в умовах незалежної України [4, с. 131-135].

Перший період становлення та розвитку юридичної відповідальності за лісопорушення пов'язаний з виникненням даного інституту у правових нормах за часів існування Київської Русі. Перші згадки про посягання на ліси містились в «Руській Правді», але, слід зазначити, що правова охорона лісів на Русі розглядалась, в основному, у контексті охорони права власності на ліси. Зокрема, «Руська Правда» передбачала захист прав великокнязівських та общинних володінь на «бортные деревья» від посягань на них з боку третіх осіб у формі накладення на винних штрафів, також встановлювалась відповідальність за навмисну порубку дуба – 12 гривень штрафу в дохід державної казни [5, с. 33].

Природоохоронний ефект мали й так звані «засічні ліси» (штучні завали лісу), що, починаючи з XVI століття, особливо за часів Івана Грозного, створювали на південних і південно-східних краях держави, зокрема в межиріччі Дніпра, і мали на меті захист людей від навали кочовиків, особливо кримських татар. У засічних лісах заборонялася рубка лісу, заготівля лубу, збирання лісової підстилки, розорювання землі, прокладання шляхів і стежок. За порушення цих правил передбачалося покарання у вигляді смертної кари [6, с.15].

Початок активних законодавчих розробок з проблем правової охорони лісів пов'язаний з діяльністю та реформами Петра I у Російській імперії. Оскільки українські землі у період XVIII-XIX ст. перебували під протекцією Російської імперії, тому тогочасне законодавство на українських теренах повною мірою дублювало і впливало з норм російського імперського законодавства.

Значення реформ Петра I щодо правової охорони лісів полягало головним чином у тому, що було передбачено широку диференціацію

видів відповідальності за лісопорушення, які не втратили свого значення у сучасних умовах, зокрема особливій кримінально-правовій охороні підлягали заповідні ліси, ліси малолісистих регіонів тощо [7, с. 30]. Крім того, застосовувались дуже суворі види покарання за лісові правопорушення, наприклад, за порубку дуба та заповідних дерев передбачалась смертна кара [4, с.131].

Після правління Петра I, у окремих актах російського імперського законодавства (Уложенні про покарання кримінальні і виправні 1885 р., Кримінальному Уложенні 1903 р. тощо), містились норми, які стосувались, чи пом'якшення, чи посилення юридичної відповідальності за лісові правопорушення, але, в основному, вони торкались проблеми кримінально-правової охорони лісів. І хоча, у дореволюційний період було напрацьовано значну кількість нормативних актів, в яких закріплювалась юридична відповідальність за лісові правопорушення, саме на цей час припадає варварське винищення лісів [8, с. 19].

Другий радянський період формування та розвитку законодавства щодо юридичної відповідальності за лісопорушення характеризується, з одного боку, виданням цілої низки нормативно-правових актів, у яких декларувалась необхідність правової охорони лісів, а, з іншого, – на практиці відбувалась надмірна експлуатація лісів та яскраво проявлявся споживацький підхід у ставленні до природних ресурсів.

Так, 17 червня 1977 року були прийняті Основи лісового законодавства Союзу РСР і союзних республік і відповідно до них 13 грудня 1979 року – Лісовий кодекс Української РСР [9]. Ці акти по суті підбили підсумок розвитку лісового законодавства за кілька попередніх десятиліть і зробили крок вперед у подальшій екологізації лісового законодавства.

Розвиваючи екологічний напрям, Лісовий кодекс 1979 року акцентував увагу на необхідності розгляду лісу не тільки, як об'єкта господарського використання, а й як важливого природного об'єкта, що потребує охорони, взаємозв'язку лісу з іншими природними ресурсами, навколишнім природним середовищем у цілому. Так, у преамбулі цього Кодексу при визначенні ролі лісів наголошувалося, що вони є джерелом

задоволення потреб країни в деревині та іншій лісовій продукції, сприятливо впливають на клімат, атмосферу, гідрологічний режим річок та інших водних об'єктів, захищають ґрунт від вітрової і водної ерозії, мають інші корисні властивості. Було встановлено також, що ліси у республіці за своїм народногосподарським значенням і місцеположенням виконують переважно водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні та оздоровчі функції і мають обмежене експлуатаційне значення. Вперше в лісовому законодавстві було сформульовано принцип невиснажливого використання лісів – «лісове законодавство покликано активно сприяти обґрунтованому комплексному використанню лісів, їх планомірному відтворенню і ефективній охороні в інтересах нинішнього і майбутніх поколінь».

Також для радянського періоду характерною є тенденція щодо звуження сфери застосування юридичної відповідальності за лісові правопорушення. Зокрема, Кримінальний Кодекс УРСР 1960 р. передбачав кримінальну відповідальність лише за незаконну порубку лісу [10]. При цьому даний вид злочину розглядався не як злочин проти довкілля, а як господарський злочин, оскільки тогочасне кримінальне законодавство взагалі не розрізняло такого виду злочинів як злочини проти довкілля.

Дещо детальніше та повніше питання щодо юридичної відповідальності за лісові правопорушення розглядались у Кодексі УРСР про Адміністративні Правопорушення 1984 р. [11]. Так, у Главі 7 даного нормативно-правового акту, містилось декілька статей, відповідно до яких, передбачалась адміністративно-правова відповідальність за лісові правопорушення.

Сучасний або ж новітній період розвитку інституту юридичної відповідальності за лісові правопорушення пов'язаний із здобуттям Україною незалежності і розробкою якісно нових підходів не лише з охорони лісових ресурсів, а й охорони навколишнього природного середовища в цілому. Так, у Кримінальному Кодексі України, в окремому розділі, передбачено кримінальну відповідальність за злочини проти довкілля [12]. При цьому, значно розширено перелік злочинів у сфері використання та охорони лісових ресурсів. Зокрема, правова охорона

лісів у кримінально-правовому порядку передбачена у ст. ст. 245 (знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу), 246 (незаконна порубка лісу), 252 (умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави та об'єктів природно-заповідного фонду), 253 (проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля), 441 (екоцид) [12, с.154]. Адміністративно-правова відповідальність за лісопорушення передбачена у ст. ст. 49, 63-77, 188-5 Кодексу України про Адміністративні Правопорушення [13]. Питання щодо порядку та особливостей відшкодування шкоди, заподіяної у процесі вчинення лісопорушень передбачені різноманітними актами за юридичною силою (законами та підзаконними нормативно-правовими актами) цивільного та лісового законодавства України.

Проведений аналіз історичних передумов зародження інституту юридичної відповідальності за лісові правопорушення свідчить про те, що розвиток його правового регулювання пройшов складний і довготривалий процес від закріплення окремих вимог щодо охорони лісів як об'єктів власності, яким властиві першочергово споживчі якості, до охорони лісів як особливих природних об'єктів, які виконують важливі екологічні, економічні, господарські функції, і впливають на стан навколишнього природного середовища, належне функціонування рослинного, тваринного світу та життєдіяльність людей в цілому. На цьому шляху яскраво прослідковуються, з одного боку, закономірності щодо поглиблення правового регулювання лісоохоронної діяльності та розширення видів юридичної відповідальності за лісові правопорушення, а з іншого – продовжується, і, навіть посилюється з кожним наступним роком, антропотехногенний тиск на ліси з виробничою, господарською, естетичною та рекреаційною метою тощо.

Література

1. Дубовик О. Л. Экологическое право в вопросах и ответах / О. Л. Дубовик. – М.: Юрид. лит., 2004. – 434 с.
2. Бринчук М. М. Экологическое право (право окружающей среды): учеб. [для высших юрид. учеб. заведений] / М. М. Бринчук. – М.: Юристъ, 1998. – 688 с.

3. Шершун С. М. Еколого-правове регулювання лісокористування в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / С. М. Шершун. – К., 2005. – 20 с.
4. Лазаренко Я. М. Розвиток лісового законодавства України / Я. М. Лазаренко // Право України. – 2003. – № 2. – С. 131-135.
5. Хрестоматія з історії держави і права України: навч. посіб. [для студ. спец. вищих навч. закл.] / за ред. В. Д. Гончаренка. – [3-тє вид., перероб.] – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 800 с.
6. Каргалов В.В. На степной границе. Оборона «крымской окраины» Русского государства в первой половине XVI столетия. – М., 1961. – 17 с.
7. Шарипова О. В. Уголовная ответственность за незаконную порубку деревьев и кустарников, уничтожение или повреждение лесов (по материалах Дальневосточного региона): дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.08 / Шарипова Ольга Вениаминовна. – Омск, 2006. – 180 с.
8. Воронцов А. И. Охрана природы: учеб. пособ. [для студ. лесотехнических вузов и фак.] – [2-е изд., перераб.] / А. И. Воронцов, Н. З. Харитонова. – М.: Высшая школа, 1977. – 408 с.
9. Лісовий кодекс Української РСР від 13 грудня 1979 року // Звід законів Української РСР. - К., 1984. – Т.4. – 321 с.
10. Кримінальний Кодекс УРСР від 28 грудня 1960 року // [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2001-05>.
11. Кодекс УРСР про Адміністративні Правопорушення від 7 грудня 1984 року // [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
12. Кримінальний Кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III зі змінами в ред. від 01 січня 2015 року [Електронний ресурс] // – Режим доступу до документа: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page13>.
13. Кодекс України про Адміністративні Правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X зі змін. і доп. станом на 01 січня 2015 року [Електронний ресурс] – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.

Анотація

Мендик Л.В. Історичний розвиток інституту юридичної відповідальності за лісопорушення. – Стаття.

У даній статті досліджено розвиток юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства від найдавніших часів до сьогодення, визначено основні закономірності становлення даного інституту.

Ключові слова: ліси, охорона лісів, лісопорушення, юридична відповідальність

за лісопорушення.

Аннотация

Мендык Л.В. Историческое развитие института юридической ответственности за лесонарушения. – Статья.

В данной статье исследовано развитие юридической ответственности за нарушение лесного законодательства от древнейших времен до современности, определены основные закономерности становления данного института.

Ключевые слова: леса, охрана лесов, лесонарушение, юридическая ответственность за лесонарушения.

Summary

Mendyk L.V. The Historical Development of the Institute of Legal Liability for Forest Violations. – Article.

This article explores the development of legal liability for forest violations of forest laws from ancient times to the present, the main patterns of formation of this institution.

Keywords: forest, protection forest, forest violation, legal liability for forest violations.



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

УДК 342.565.4

В.В. Кафарськийкандидат юридичних наук
суддя Івано-Франківського
окружного адміністративного
суду**МЕДІАЦІЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Сьогодні тема медіації жваво обговорюється в українських юридичних колах. Аналіз правової системи України дає можливість на даному етапі, але з певними обмеженнями, без внесення змін та доповнень в процесуальне законодавство, розпочати роботу по напрацюванню процедури досудового врегулювання як способу розгляду і вирішення адміністративних спорів.

Проте, існує ряд складних запитань з приводу розвитку медіації в Україні. Наскільки життєздатна медіація у сучасному українському суспільстві? Чи визріли умови для запровадження такого механізму вирішення конфліктів? Які особливості процесу впровадження медіації в адміністративному судочинстві? Ці запитання досліджуються такими науковцями як: О.В. Белінська, А.В. Гайдук, Л.Б. Сало, В.А. Сьоміна, А.Є Санченко та ін. і є актуальними для подальшого вивчення.

З набуттям Україною незалежності суспільні потреби зумовили виникнення нових правовідносин з урахуванням складностей та потреб суспільного життя, а запровадження державно-правових реформ викликало необхідність пошуку інноваційних підходів до розв'язання різноманітних питань, які є однаково значущими як для публічного, так і для приватного сектору життєдіяльності суспільства.

Одним із таких питань є ефективне регулювання вирішення спорів і конфліктів у різних сферах суспільного життя. Традиційним способом

розв'язання таких проблем залишається суд. Проте, на практиці не завжди доведення, вирішення спору по суті за судовою процедурою виявляється найбільш доцільним. Підтримку знаходять простіші і гнучкіші процедури, що сприяють вирішенню спорів, з меншими витратами для досягнення врегулювання. Наявність більшої свободи розсуду уможливорює вирішення спорів відповідно до принципу справедливості, а не лише в силу суворих правових норм матеріального права.

Відомо, що одним з пріоритетних завдань Ради Європи та Європейського Союзу є надання допомоги державам-членам Ради у здійсненні справедливого правосуддя та розробці альтернативних методів розв'язання конфліктів. Безумовно, така допомога, перш за все, полягає у виробленні певних стандартів відповідно до яких держави-члени мусять привести своє законодавство у відповідність до взятих ними правових зобов'язань.

Отже, Радою Європи було запропоновано Україні здійснити певні кроки в напрямку реформування своєї нормативно-правової бази. Зокрема, йдеться про рекомендації та керівні принципи, які було викладено в наступних документах:

- Рекомендації щодо медіації в сімейних справах Rec (98);
- Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах Rec (99)19;
- Рекомендації щодо медіації в цивільних справах Rec (2002)10;
- Рекомендації щодо альтернативного судового розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами (адміністративні справи) Rec (2001)9 [1].

Саме з цією метою на основі реформування національного законодавства у сфері управління, подолання недовіри до судової влади, здійснення та забезпечення належної правової допомоги актуальним стає питання медіації як процедури врегулювання спорів шляхом досягнення консенсусу. Зокрема, особлива увага приділяється процесу впровадження медіації у адміністративному судочинстві, так як в адміністративному судочинстві, яке у багатьох аспектах відрізняється від інших видів процесу, наявний у зв'язку з цим певний ряд проблем, які стоять на заваді

закріплення медіації, як елемента альтернативного права на законодавчому рівні.

В Україні не існує спеціального законодавства, що регулює здійснення медіації. Але в той же час, не існує і жодної формальної заборони з боку держави сторонам здійснювати медіацію. Відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції України держава гарантує можливість кожному будь-якими не забороненими законом способами захищати свої права [2].

Таким чином, основні напрями розвитку медіації в Україні вже визначено. Розробка нормативно-правової бази триває вже не перший рік. В нашій державі найближчим часом очікують на появу інтегрованого законодавчого акту, покликаного врегулювати медіацію в українському праві. Так, 15 червня 2011 р. Комітет з питань правосуддя розглянув проект Закону «Про медіацію» і прийняв позитивне рішення рекомендувати Верховній Раді України підтримати в першому читанні даний законопроект, який закріплює основоположні принципи цієї процедури. Однак, відповідний закон в Україні досі відсутній [3].

Результати численних досліджень переконують, що медіація є не тільки доволі ефективним засобом розвантаження судової системи, а, відповідно, й зменшення витрат з бюджету держав, але й засобом мінімізації ризиків виникнення конфліктів у суспільстві, демократизації суспільних відносин, розвитку правової свідомості та культури, що як наслідок викликає високу довіру до судової гілки влади.

Сьогодні складно визначитися, яка з відомих в Україні форм медіації – судова чи комерційна найкраще усталиться в нашій державі (комерційна, або ринкова, медіація – це процес, у якому примирення осіб здійснює спеціально підготовлений експерт, діяльність якого оплачують сторони). Зрозуміло, що з огляду на євроінтеграційні прагнення України ми маємо уважно вивчати європейський досвід розвитку ADR-технологій, практику альтернативного вирішення правових конфліктів без звернення до класичних судових процедур.

Медіація має дуже довгу історію. Вона існувала ще тоді, коли не існувало тюрем, і у деяких спільнотах прийнята, як єдиний засіб розв'язання конфліктів між сторонами. Найважливішою перевагою цього способу розв'язання конфліктів є те, що обидві сторони мають

можливість висловити не тільки свої очікування, але й почуття та переживання. Прийняття кожного рішення вимагає згоди обох сторін. Господарями медіаційного процесу є, відповідно, самі сторони.

Слово «медіація» походить від латинського «mediatio» – посередництво; аналогічне значення мають слова «mediation» (англ.), «médiation» (фр). Кожний в межах свого розуміння може дати свою дефініцію цьому поняттю.

В соціальній психології вчені розглядають медіацію як специфічну форму регулювання спірних питань, конфліктів, узгодження інтересів за участю нейтральної третьої сторони; як міждисциплінарну область, що знаходиться на стику юриспруденції, психології, соціології, конфліктології і т.д.

Більшість визначають медіацію – як добровільну та конфіденційну процедуру позасудового вирішення конфліктів (спорів), під час якої сторони конфлікту звертаються за допомогою до третьої сторони (медіатора) з метою досягнення угоди про позасудове вирішення конфлікту, незалежно від того, чи був цей процес ініційований сторонами або запропонований судом. Ця процедура орієнтована на майбутнє, забезпечує сторонам збереження партнерських відносин, можливість продовжувати спільну діяльність. Основними її принципами є прояв поваги один до одного, прийняття один одного, вміння слухати і чути, обов'язкове дотримання конфіденційності – це можливість для всіх учасників суперечки вийти з нього переможцями за відсутності переможених.

Таким чином, головними ознаками медіації є:

- добровільність;
- конфіденційність;
- наявність структурованої процедури проведення;
- часткове втручання третьої сторони (медіатора) :
 - а) допомога у налагодженні спілкування;
 - б) сприяння проходженню справи;
- рівність сторін, добровільність процесу медіації;
- активна роль сторін, диспозитивність процесу медіації;

- зменшена ступінь формалізованості;
- кваліфікованість та неупередженість медіатора;
- гнучкість процедури;
- швидкість;
- невеликі витрати;
- можливість для сторін контролювати процес, вносити свої корективи;
- можливість припинити процес медіації за ініціативою сторони;
- орієнтація на конструктивний пошук рішень;
- взаємовигідний результат;
- створює взаємні, природні умови примирення;
- психологічні фактори, до яких, зокрема, відносяться врахування емоційних та особистісних аспектів сторін, уникнення конфлікту між сторонами й можливість подальшої співпраці.

Зауважимо, що у всіх трактуваннях поняття медіації підкреслюється участь третьої сторони (медіатора), яка здійснює певну допомогу у налагодженні взаєморозуміння, інтереси якої не пов'язані безпосередньо з предметом непорозуміння. Активна третя сторона контролює процес, сприяє реалістичній оцінці ситуації сторонами, прийняттю адекватного рішення, зменшує емоційне напруження та інше.

Медіатор виступає посередником у конфлікті сторін, створює атмосферу конструктивної співпраці та дбає про коректне ставлення сторін одна до одної. До компетенції медіатора не входить прийняття рішення, він лише допомагає сторонам у вирішенні конфлікту. Медіація можлива саме в комплексних провадженнях, коли сторони сперечаються щодо тривалих стосунків, а предмет спору є лише видимою причиною конфлікту або, якщо рішення суду стало б для сторін «не хлібом, а камінням», тобто не допомогло б у розв'язанні конфлікту. Адже головним для сторін повинно бути бажання вирішити непорозуміння.

Позитивною стороною медіації також є те, що за своєю природою вона фактично виключає протиправність дій сторін та застосування протизаконних схем, оскільки в ній беруть участь обидві сторони на правах паритету. Це є надзвичайно актуальним у сучасних умовах.

Поряд з визначенням меж застосування медіації слід виділити

характерні риси медіації та її основні відмінності від судового розгляду:

СУД	МЕДІАЦІЯ
Процес формальний	Процес неофіційний
Публічний	Конфіденційний
Контролюється державою	Ґрунтується на автономності учасників
Орієнтований на привід до конфлікту. Тягар доказу (збір фактів)	Орієнтований на особисті переконання і суб'єктивні інтереси сторін
Здійснення правових позицій	Об'єднання різних інтересів
Зорієнтований на минуле	Спрямований на створення взаємоприйняттого майбутнього
Застосування права	Використання права
Орієнтація на перемогу однієї з точок зору	Повага до відмінностей, інтересів і точок зору один одного
Використання слабкості позицій іншої сторони з метою власного виграшу	Прийняття власної слабкості (і слабкості інших) як переломної точки в суперечці, через що приходить усвідомлення необхідності залучення допомоги з боку інших
Стратегія в дусі «виграш – програш»	Рішення в дусі «виграш – виграш»

Медіація – процес, з одного боку, новий, якщо говорити про його появу в правовій сфері, а з іншого, – старий, якщо мати на увазі його позачасову універсальність. Тому потрібно відрізнити сучасну медіацію від традиційних форм розв'язання суперечок й інших форм врегулювання

спорів таких як мирові судді, арбітраж.

Відносини, що виникають у процесі посередництва (медіації) є формою реалізації так званого альтернативного права, тобто права суб'єктів вирішити конфлікт будь-якими законними методами.

Публічно-правові спори, які вирішуються в порядку адміністративного судочинства, часто називають немедіабельними, тобто такими, які не можуть бути вирішені шляхом застосування медіації. Насамперед, це зумовлено суб'єктним складом адміністративних процесуальних правовідносин, а саме, тим фактом, що однією зі сторін завжди виступає суб'єкт владних повноважень. У зв'язку з цим виникає питання щодо добровільності та ініціативності медіації.

Якщо говорити про добровільність, то однією зі сторін як правило виступає орган публічної адміністрації. Тому необхідно враховувати, що попри наявність у службовців деяких досить широких повноважень, можливість власного розсуду чиновників часто обмежена. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Проте, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Закон України «Про державну службу», Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» передбачають принцип пріоритету прав людини і громадянина. Тому досягнення компромісу між органом публічної адміністрації та громадянином є одним із пріоритетів та завдань діяльності держави та органів місцевого самоврядування.

Європейське законодавство, зокрема Європейська Конвенція з прав людини гарантує кожному право доступу до суду. І це право не може бути змінене передачею справи на медіацію. Крім того, важливо пам'ятати, що медіація не є якоюсь панацеєю. Вона може стати допоміжним засобом лише тоді, коли сторони будуть готові й спроможні взяти участь у медіації. У більшості випадків і надалі врегульовувати конфлікти і виносити рішення будуть суди. Однак суддя, як правило, дивиться у минуле й вирішує, що саме в ньому відбулося неправильно;

медіатор, навпаки, спонукає учасників зосередитися на реальному майбутньому.

Перевага медіації полягає в тому, що замість рішення ззовні сторони знаходять власне взаємовигідне рішення. Замість боротьби за правоту відбувається конструктивна робота над вирішенням конфлікту. При цьому медіація не обмежується існуючим предметом спору, вона повинна враховувати також і приховані причини виникнення конфліктної ситуації, до переговорного процесу можуть залучатися треті особи, які до цього часу не брали участь у судовому провадженні – експерти, радники.

Однією з центральних проблем становлення медіації в Україні є відсутність чіткого розуміння – яким чином медіація має бути впроваджена в українську правову систему.

Доволі поширеною є думка, що медіацію слід розглядати як частину судочинства, і проводиться вона має суддею, який отримав на це доручення. Прихильники цієї моделі розвитку вважають, що судова медіація має на меті покращити функціонування правової системи та запропонувати альтернативний спосіб вирішення спору, що дозволяє уникнути таких чинників, як тривалість та дорожнеча судового процесу, його можлива заангажованість, перезавантаженість судів тощо.

З іншого ж боку – достатньо багато фахівців категорично заперечують доцільність поглинання існуючою системою правосуддя медіаційних процедур. Вони наполягають на тому, що надання послуг з медіації є абсолютно нормальною комерційною діяльністю. Недоліком такої моделі медіації називають її екстенсивний характер розвитку.

Одним з пріоритетних завдань Ради Європи та Європейського Союзу є допомога державам-членам у справедливому і швидкому відправленні правосуддя та у розробці альтернативних методів розв'язання спорів. Така допомога в першу чергу полягає у виробленні стандартів, згідно з якими держави-члени повинні привести своє законодавство у певну відповідність на підставі взятих правових зобов'язань.

Провівши порівняльне дослідження передового досвіду деяких країн світу в царині медіації, Рада Європи підготувала рекомендації щодо

наступних кроків, які слід здійснити Україні, та запропонувала свої висновки щодо відповідної нормативно-правової бази. Результати дослідження мають рекомендаційний характер і ставлять за мету не пропагувати «імпорт» певної моделі медіації, а поширити інформацію про успіхи і невдачі різноманітних починань у цій галузі.

Рекомендації та керівні принципи викладені у:

- Рекомендації Rec (98) щодо медіації в сімейних справах;
- Рекомендації Rec (99) 19 щодо медіації в кримінальних справах;
- Рекомендації Rec (2002) 10 щодо медіації в цивільних справах;
- Рекомендації Rec (2001) 9 щодо альтернативного судового розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами (адміністративні справи);
- Керівних принципах для кращого виконання наявної Рекомендації щодо медіації в кримінальних справах;
- Керівних принципах для кращого виконання наявної Рекомендації щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами й сторонами – приватними особами;
- Керівних принципах для кращого виконання наявної Рекомендації щодо медіації в сімейних справах і щодо медіації в цивільних справах [1].

Проте, само собою зрозуміло, що без конкретної підтримки з боку чільних суб'єктів, які в Україні формують політику в галузі правосуддя (суди, уряд, парламент, адвокатура), медіації не просто здобути популярність.

Незважаючи на відсутність спеціального законодавства, Україна має власний досвід застосування процедури медіації (примирення), який підтверджує високу ефективність застосування цього інституту при вирішенні конфліктів.

Більш детально хотілося б зупинитися на питанні про можливість впровадження медіації в адміністративних судах України без внесення змін до діючого законодавства, оскільки саме медіація в адміністративних судах викликає найбільше суперечок у суспільстві.

В Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України) чітко не виписано інститут медіації, як частини судової практики, і відсутні будь-які посилання на інші кодекси, які б дозволили

таке тлумачення, тому залишається, мабуть, лише одна можливість – пропонувати медіацію як частину адміністративної діяльності судів. Після надходження справи згідно з планом розподілу справ у суді до відповідного судді або судової колегії потрібно, насамперед, з'ясувати питання, чи вважає суддя або учасники процесу, що справа може бути вирішена шляхом медіації. Після обговорення, наприклад, у рамках підготовчого провадження на попередньому судовому засіданні (ст. 111 КАС України) доцільності проведення медіації з учасниками процесу та за відповідної згоди з їхнього боку судова колегія або суддя відкладає провадження (ст. 113 КАС України) і передає правовий спір на розгляд судді-медіатору адміністративного суду з метою проведення медіації. Медіатор проводить процедуру медіації (в приміщенні суду) під власну відповідальність. Організаційну підтримку в оформленні матеріалів справи надає йому канцелярія суду [5].

Якщо медіація успішна, то відбувається укладання остаточної угоди між її учасниками, що створює передумову для закриття позовного провадження у справі. Як саме це здійснюється, залежить від правового врегулювання статусу медіатора.

У разі, якщо учасники процесу або медіатор вважають, що медіація не дала результату, тобто є невдалою, матеріали повертаються до відповідної судової колегії, яка й продовжує позовне провадження по справі.

Впровадження судової медіації у адміністративних судах України, як частини їхньої адміністративної діяльності, не вступає у протиріччя з нормами КАС України:

а) поряд з закінченням позовного провадження, наприклад, шляхом винесення рішення суду, КАС України також передбачає й іншу можливість закриття провадження у справі, а саме на підставі відмови від адміністративного позову, визнання позовних вимог або примирення сторін. Виписаний у ст. 11 КАС України принцип диспозитивності знаходить своє відображення на всіх стадіях адміністративного провадження: у межах підготовчого провадження ст. 110 КАС України, в статті 112 КАС України (відмова від позову, визнання позову) та ст. 113

КАС України (примирення), в судовому розгляді (ст. 122 КАС України і далі: ст. 136 частина перша – відмова від позову та визнання позовних вимог, та ст. 136 частина друга – примирення), в апеляційному (ст. 193–194 КАС України) та касаційному провадженнях (ст. 218–219 КАС України);

б) з огляду на принцип диспозитивності, закріплений у ст. 11 КАС України, та його прояви на різних стадіях адміністративного провадження норма ст. 122 КАС України про пришвидшення судового розгляду також не є перешкодою на шляху впровадження процедури медіації. Відповідно до ст. 122 КАС України адміністративна справа має бути розглянута і вирішена протягом розумного строку.

Як правило вже на стадії підготовчого провадження можна встановити, чи доцільно проводити медіацію у справі. Якщо правовий спір зі згоди учасників процесу передається на медіацію, конфлікту з нормою ст. 122 КАС України не виникає. Можливість взаємної домовленості сторін про зупинення провадження забезпечується ст. 11 КАС України, згідно з якою кожна особа, котра звернулася за судовим захистом, має право розпоряджатися своїми вимогами на власний розсуд. Як бачимо, норми КАС України не створюють перепон тимчасовому зупиненню провадження за взаємною згодою учасників процесу.

Якщо тлумачити ст. 122 КАС України, орієнтуючись на її правову мету та завдання, місячне обмеження строку судового розгляду насамперед має на меті вберегти учасників процесу від затягування судового провадження, а також забезпечити в їхніх власних інтересах якомога швидше надання правового захисту. Якщо в інтересах досягнення взаємовигідного врегулювання спору сторони погоджуються зупинити провадження з метою проведення процедури медіації, вони користуються своїми диспозитивними правами, наданими ст. 11 КАС України, не вступаючи при цьому у конфлікт з нормами ст. 122 КАС України про розумні строки розгляду адміністративної справи (1 місяць). Про те, що таке тлумачення на користь медіації відповідає інтенціям законодавця, свідчить подібність процедури закриття провадження у справі шляхом укладання мирової угоди в суді. Відповідно до ст. 113 КАС України суд у підготовчій стадії розгляду за клопотанням сторін

зупиняє провадження у справі на час, необхідний їм для примирення. А згідно зі ст. 136 КАС України сторонам за їхнім клопотанням надається час для примирення;

в) проте й норми ст. 112 КАС України щодо відмови від позову або його визнання та ст. 113 КАС України щодо примирення, згідно з якими відмова від позову, його визнання чи умови примирення сторін не повинні суперечити закону або порушувати чий-небудь права, свободи або інтереси, не перешкоджають проведенню процедури – судової медіації у рамках адміністративного провадження.

Логічно, ця норма разом з відповідними діючими положеннями для підготовчої стадії й судового розгляду (ст. 136 КАС України), апеляційного (ст. 193 КАС України) й касаційного провадження (ст. 219 КАС України) ніяк не означає, що суд у разі закриття провадження у справі внаслідок успішної медіації на підставі або відмови від позову, або його визнання, або шляхом укладання за взаємною згодою сторін мирової угоди повинен ще раз проводити повну правову перевірку позову. Адже визнання позову, відмова та примирення є тими формами завершення правового спору, які, з одного боку, пришвидшують провадження у справі, а з другого – сприяють процесуальній економії та розвантаженню судів. Протилежне ж розуміння норм статей 112, 113, 136, 193 і 219 КАС України, а саме, що суд нібито повинен ще раз проводити повну правову перевірку позову, унеможливило б реалізацію таких завдань.

д) діяльність судді як медіатора не суперечить також і нормам ст. 5 Закону України про статус суддів. Згідно з цією статтею суддя не може поєднувати свою роботу з будь-якою іншою оплачуваною діяльністю, за винятком наукової, викладацької та творчої. У випадку судової медіації не виникає жодних проблем щодо дотримання цієї вимоги закону, адже суддя виконує обов'язки медіатора у свій службовий час без додаткової оплати. При потребі врівноважити навантаження для судді, що працює медіатором, можна шляхом відповідних змін у розподілі справ;

е) питання щодо судових зборів та витрат за процедуру медіації у разі її успішного завершення вирішується залежно від обраної форми судового закриття провадження по справі (відмова від позову, визнання

позову або примирення сторін) та відповідних норм права щодо сплати судових зборів [4].

Сторони мають право самостійно вирішити це питання і зафіксувати його одним із пунктів угоди про результати медіації, яка потім протоколюється належним суддею як мирова угода; якщо сторони не дійшли згоди щодо розподілу судових витрат, то кожна зі сторін у справі несе половину судових витрат (ст. 96 КАС України).

Таким чином вважаємо, що Кодекс адміністративного судочинства України дає можливість для впровадження медіації як частини адміністративної діяльності суду, не вносячи при цьому змін до існуючого законодавства.

Література

1. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – Київ.: Істина, 2010. – 488 с.
2. Конституція України - Розділ II. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/content/chapter02.html>.
3. Проект Закону «Про медіацію» № 7481 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=7481&skl=7.
4. Матеріали курсу підготовки медіаторів із кола посадовців, які займають керівні посади в органах виконавчої, законодавчої та судової влади. Спільна програма Європейської комісії та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» – Київ, 2010.
5. Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів / О.В. Белінська // «Вісник Вищої ради юстиції». – № 1 (5) 2011 – С. 158-173.

Анотація

Кафарський В.В. Медіація в адміністративному судочинстві. – Стаття.

У статті досліджено поняття «медіація», європейський досвід вирішення спорів у процесі медіації. Зокрема, проаналізовано особливості впровадження процесу медіації в адміністративному судочинстві України.

Ключові слова: медіація, медіатор, альтернативне вирішення спорів, адміністративне судочинство.

Аннотация

Кафарский В.В. Медиация в административном судопроизводстве. –

Стаття.

В статті досліджено поняття «медиация», європейський досвід рішення спорів в процесі медиации. В частині, проаналізовано особливості впровадження процесу медиации в адміністративному судопроизводстві України.

Ключевые слова: медиация, медиатор, альтернативне рішення спорів, адміністративне судопроизводство.

Summary

Kafarskij V.V. Mediation in Administrative Proceedings. – Article.

This article explores the concept of "mediation", European experience of solutions disputes in the mediation process. In particular, the features of the implementation of the mediation process in administrative proceedings of Ukraine are analyzed.

Keywords: mediation, mediator, alternative dispute resolution, administrative proceedings.



УДК 342.9

Л.М. Легін

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри соціально-
гуманітарних дисциплін
Прикарпатського факультету
Національної академії внутрішніх
справ

СПІВІДНОШЕННЯ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА ТА ГАЛУЗІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Поділ права на публічне і приватне відомий юриспруденції щонайменше дві тисячі років. Ще Аристотель розрізняв таке право, порушення якого шкодить всій громаді, і таке право,

порушення якого заподіює шкоду окремим членам громади. Але особливої популярності набуло визначення приватного і публічного права, дане у першому фрагментові книги I Дигест Юстиніана, де воно наведене у вигляді сентенції відомого римського юриста Ульпіана. Останній розрізняв приватне і публічне право в залежності від того, чиєї користі воно, насамперед, стосується: суспільної (державної) чи приватної (окремих осіб). Як наслідок, такий поділ права став притаманним більшості національних правових систем країн континентальної Європи. Однак, після встановлення радянської влади, спори з приводу природи права не припинились, а навпаки загострилися. Це було зумовлене тим, що поділ права на публічне та приватне, ідеологами марксизму-ленінізму визнавався таким, що притаманний лише буржуазному суспільству. І лише після обрання шляху на побудову демократичної правової держави, змінюються погляди до дуалізму права. Приватне право розглядається як носій правового прогресу, воно захищає основні цінності цивілізованого суспільства – свободу і приватну власність [1].

Аналіз останніх досліджень. В останнє десятиліття з'явилося чимало досліджень, присвячених проблемі визначення предмета і методу публічного права, їхній характеристиці, зокрема, праці Ч. Азімова, С. Алексєєва, В. Нерсисянца, Ю. Тихомирова, О. Харитонової. Дослідження цих та інших авторів дають достатньо матеріалу для визначення поняття та встановлення сутності публічного права, підстав розмежування права публічного та приватного. Як слушно зазначалося в літературі, для визначення публічного права недостатньо лише вказувати на те, що воно стосується тільки інтересів чи становища держави в цілому, певним чином виокремлює тих чи інших суб'єктів тощо. Слід враховувати, що однією з визначальних рис публічного права є імперативний метод регулювання відповідних відносин, складовими частинами якого є: жорстка окресленість поведінки суб'єктів, застосування методу «зобов'язування», заборони дій як методу формування поведінки громадян і організацій, використання таких стимулів, як примус.

Формування цілей статті. У зв'язку з цим, викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети дослідження поняття публічного

права та визначення у ньому галузі адміністративного права.

Виклад основного матеріалу. О. Харитонова та Є. Харитонов визначають публічне право як правову сферу, в основі якої лежать державні інтереси, тобто сама побудова і діяльність держави як публічної влади, регламентація діяльності державного апарату, посадових осіб, державної служби, кримінальне переслідування правопорушників, кримінальна та адміністративна відповідальність тощо – інститути, що побудовані у вертикальній площині, на засадах влади і підпорядкування, на принципах субординації. Ось чому для публічного права характерним є специфічний юридичний порядок, порядок «влади-підпорядкування», у відповідності з яким особи, що мають владу, вправі односторонньо та безпосередньо, без будь-яких додаткових рішень інших інстанцій, визначати поведінку інших осіб і вся система владно-примусових установ повинна силою примусу забезпечувати повну і точну реалізацію приписів влади, а всі інші особи – їм підкорятися. Звідси – і всі інші принципи публічного права: різниця, різнопорядковість правового статусу осіб, ієрархічність становища і різний обсяг владних повноважень у владних осіб, наявність власної, «відомчої» юрисдикції, відсутність орієнтації на вирішення спірних питань незалежним судом [2, с. 159]. З розвитком демократії ці принципи збагачуються інститутами демократичного порядку (гарантіями для громадян, демократичними процедурами, відповідальністю посадових осіб тощо), сполучаються з усіма іншими підрозділами гуманістичного права, але це не змінює самої природи публічного права.

З урахуванням сказаного, можна визначити публічне право як сукупність правових норм, що складають особливу функціонально-структурну систему, яка з метою урегулювання і захисту суспільних інтересів за допомогою розпоряджень переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб'єктами, які є фігурантами держави або знаходяться у відносинах влади і підкорення [3, с. 8].

Родовим для публічного права є імперативний метод регулювання, якому притаманна низка ознак, що визначає його природу, сутність.

Публічне право визначається як сукупність правових норм, що становлять особливу функціонально-структурну систему, яка з метою врегулювання і захисту суспільних інтересів за допомогою розпоряджень переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб'єктами, котрі є фігурантами держави або перебувають у відносинах влади і підпорядкування.

Для сфери публічного права характерні юридична централізація (регулювання «по вертикалі», з єдиного центру – держави) та імперативність, що не залишає місця розсуду суб'єктів. Тут юридичний пріоритет має воля органів державної влади, котра, однак, у першу чергу спрямована на захист інтересів особи і населення країни в цілому.

Важливою визначальною рисою публічного права є метод правового регулювання. Родовим для публічного права є метод імперативний, якому притаманна низка ознак, що визначає його природу, сутність. Для імперативного методу характерним є:

- формування та використання владних відносин, за яких норми приймаються і реалізуються за принципом «команда-виконання». Суб'єкт прийняття обов'язкових рішень не зв'язаний згодою сторони, якій вони адресовані;
- суб'єкти публічного права є строго зв'язаними законами, сфера їх діяльності окреслена правовими рамками (одна з ознак правової держави). Суб'єкти публічного права мають право діяти на свій розсуд у встановлених межах повноважень. Тут діє принцип протилежний принципу приватного права. «Можна тільки те, що дозволено» і має місце закритий перелік повноважень;
- для правового регулювання у публічній сфері характерним є зобов'язування, тобто покладення на суб'єктів публічного права обов'язку діяти в певному напрямку для досягнення тієї чи іншої мети. Це зобов'язування може бути як загальнононормативним, так і мати значення конкретного припису;
- часто імперативний метод проявляється у забороні певних дій. Норми-заборони окреслюють сферу неправомірної поведінки,

застерігаючи суб'єктів від неї;

- у публічному праві природним є застосування засобів державного примусу [4, с. 69].

Таким чином, публічними є всі правовідносини, одним із суб'єктів яких є держава (через свої органи) із специфічним характером носія примусової влади. Приватними визнаються відносини, в яких держава не бере участь в якості суб'єкта, або виступає учасником правовідносин, проте лише як носій майнових інтересів. Такі правовідносини представляють собою класичний різновид публічних правовідносин, хоча й не вичерпують собою усі можливі варіанти правовідносин публічного характеру.

Особливістю публічних правовідносин є те, що в більшості випадків вони мають вертикальну спрямованість і є субординаційними, оскільки суб'єкти державно-владних повноважень займають чітко визначене місце в ієрархії державного механізму і мають визначене коло владних повноважень. Поведінка суб'єктів державно-владних повноважень визначається нормами законодавства, що мають імперативний характер. Обов'язок користуватися правами характерна для більшості публічних прав, у той час коли у приватної особи такого обов'язку не існує. Так, особа, що призначена на посаду професійного судді та наділена Конституцією і Законом України «Про судоустрій і статус суддів» правом здійснювати правосуддя, зобов'язана сумлінно використовувати свої права, при цьому не може використовувати їх виключно на власний розсуд або за власним бажанням.

Правовідносини, що виникають за волевиявленням лише однієї сторони, характерні, насамперед, до сфери публічних правовідносин. В перекладі з латинської «публічний» (*publicus*) – означає відкритий, гласний, суспільний. Публічно-правовими є відносини, які поширюються або можуть поширюватися на все суспільство в цілому або на його значну частину і через це мають загальнозначущий, загальносуспільний характер. У публічно-правових відносинах вимогам суспільного обов'язку підпорядковані публічні права як органів державної влади, інших суб'єктів публічних повноважень, так і фізичних та юридичних

осіб. Саме наявність в органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, що наділені публічними повноваженнями, правового обов'язку й примушує їх вступати у публічно-правові відносини [5, с. 177].

Публічне право охоплює конституційне, реєстраційне, адміністративне, кримінальне, військове право. Адміністративному праву в межах дії публічного права належить провідна роль. Воно забезпечує реалізацію різноманітних публічних і приватних потреб та інтересів шляхом виконання функцій владно-управлінської діяльності й адміністративно-правового захисту [6, с. 16].

У радянський період адміністративне право замінило собою не лише публічне право, а й у багатьох випадках – приватне. Неправильне розуміння термінів і відносин, регульованих двома складовими цивільного (громадянського) права – публічним і приватним правом, створило умови для перетворення адміністративного права в право каральне. Через це та завдяки внутрішній єдності адміністративного права воно перетворилось, відповідно до радянської моделі суспільних відносин, у право, яке регулює всі сфери суспільного життя, в тому числі приватно-правові відносини у сфері господарювання, піклування тощо.

Певні складові у розподілі або розділенні галузей, підгалузей права між собою, які нагромаджувались під час розвитку радянської правової сім'ї, призводять до непорозумінь між правом України та міжнародним правом. Невиправдане нагромадження законів і підзаконних актів створило в Україні ситуацію, коли пересічні громадяни, підприємці, юридичні особи не мають можливості працювати у відповідно до чинного законодавства. Законодавство і бюрократичний апарат гальмують розвиток держави. Чи є потреба сьогодні в цій складній правовій системі?

Зазначимо, що, звісно, пірамідальна структура, в якій на вершині знаходиться конституційне право, нижчий рівень займає адміністративне і кримінальне право, потім ідуть трудове, земельне, митне, господарське тощо, є міцною і непохитною. Але в такій системі складно знайти місце простій людині. Проблеми простих громадян, наче пісок, скочуються вниз із цієї піраміди. Люди постійно перебувають під тиском влади й законів. Але і владна, ієрархічна, пірамідальна структура поступово тоне

в цьому піску проблем і невирішених конфліктів.

Наразі необхідно вести мову про галузі права, які розташовані в одній горизонтальній площині. Наголосимо, що галузі права – це умовне позначення певних частин правової системи країни. Уже видано десятки монографій і посібників з інноваційного, банківського, спортивного, монетарного тощо права. Закони повинні регулювати певні сфери суспільного життя. Уже слід піднімати питання про злиття галузей права, сфер суспільного життя, які наразі перебувають у постійній трансформації. Ці галузі є великими вузлами і мають свої, власні кодекси. А інститути, режими виявляються у вигляді векторів, наче арматурні сполучення між галузями, і закріплюються законами. Так само законами мають бути закріплені і питання діяльності тих або інших державних установ та інституцій міністерств і відомств, але в жодному разі не указами та постановами. Норми права як цементуюча субстанція пронизують усі складові цієї конструкції. Лише на такому міцному монолітному фундаменті права можна побудувати правову державу.

Висновки. Публічне право – це така правова сфера, в основі якої лежать державні інтереси, тобто сама побудова і діяльність держави як публічної влади, регламентація діяльності державного апарату, посадових осіб, державної служби, переслідування правопорушників, кримінальна та адміністративна відповідальність тощо – інститути, що побудовані у вертикальній площині, на засадах влади і підпорядкування, на принципах субординації. У публічно-правових відносинах рішення приймаються і реалізуються за принципом «команда – виконання», також характерний виключно імперативний метод правового регулювання, а тому вказані відносини утворюються на засадах підпорядкування, і, зазвичай, виникають усупереч бажанню іншої сторони. У радянський період адміністративне право замінило собою не лише публічне право, а й у багатьох випадках – приватне.

Адміністративному праву в межах дії публічного права належить провідна роль. Воно забезпечує реалізацію різноманітних публічних і приватних потреб та інтересів шляхом виконання функцій владно-управлінської діяльності й адміністративно-правового захисту.

Література

1. Банчук О. Публічне і приватне право: Історія українських вчень та сучасність / О. Банчук; Центр політико-правових реформ. – К.: Конус-Ю, 2008. – 183 с.
2. Харитонов О.І. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції / О.І. Харитонов, Є.О. Харитонов. – Х. : Одиссей, 2002. – 592 с.
3. Іоффе О. Право приватне й право публічне / О. Іоффе // Університетські наукові записки . – 2005. – № 4. – С. 7-18.
4. Мацелик Т. Суб'єктивне публічне право як юридичний феномен / Т. Мацелик // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право . – 2011. – № 3. – С. 67-71.
5. Харитонов О. До питання про визначення поняття публічного права / О. Харитонов // Актуальні проблеми політики: Зб. наук. праць. Вип. 8. – Одеса, 2000. – С. 177-180.
6. Курінний Є.В. Предмет і об'єкт адміністративного права України: характеристика категорій в умовах системного реформування : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Є.В. Курінний. – К. : Національна академія внутрішніх справ України, 2004. – С. 31.

Анотація

Легін Л.М. Співвідношення публічного права та галузі адміністративного права. – Стаття.

У статті автор досліджує сутність поняття публічного права, його основні риси. Акцентується увага на тому, що публічне право є підсистемою системи права. Визначено місце адміністративного права у підсистемі публічного права.

Ключові слова: система права, публічне право, адміністративне право, галузь права, імперативний метод регулювання суспільних відносин, державні інтереси.

Аннотация

Легин Л.М. Соотношение публичного права и отрасли административного права. – Статья.

В статье автор исследует понятие публичного права, его главные черты. Акцентируется внимание на том, что публичное право есть подсистемой системы права. Определено место административного права в подсистеме публичного права.

Ключевые слова: система права, публичное право, административное право, отрасль права, императивный метод регулирования общественных отношений, государственные интересы.

Summary

Legin L.M. Correlation of Public Law and Administrative Law. – Article.

The article explores the essence of the concept of public law, its main features. The main idea of the article is that public law is a subsystem of the legal system. The place of Administrative Law in Public Law subsystem is defined.

Key words: system of law, public law, administrative law, industry law mandatory method of regulating public relations, public interest.



УДК 342.9 : 351/354

А. Й. Француз

доктор юридичних наук, професор,
зав. кафедри державно-правових
дисциплін Університету економіки
та права «КРОК»

**ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПОДОЛАННЯ НЕГАТИВНИХ
ФАКТОРІВ СКЛАДНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ СИСТЕМ**

Постановка проблеми.

Становлення та розвиток державності в умовах розбудови незалежності України, в реаліях складності сьогодення, де є пряма загроза державності країни, повинна супроводжуватись активними, реальними процесами реорганізації і ефективного вдосконалення системи управління, мати реноваційний характер.

Фактично повинен розпочатися реальний процес дієвого оновлення всієї сфери управління, теоретичне обґрунтування та моделювання якого є одним із найважливіших завдань, що має розв'язати юридична наука. У зв'язку з цим, особливої гостроти набувають питання відносно тих конкретних об'єктів, якими виступають складні адміністративні системи, що безпосередньо реалізують функції управління як в державній, так і в недержавній сферах.

Отже, проблемність зумовлена необхідністю змістовного теоретичного аналізу проблем, що виникають у процесі реалізації

складними адміністративними системами своєї діяльності.

Проблемність завдань відтворення системи ефективного, демократичного, політико-економічного та соціально-правового управління, проблеми формування механізмів узгодження державних інтересів та окремих складних адміністративних систем, які спроможні гарантувати дієвий і реальний розвиток держави, запобігти і ефективно протидіяти дезінтеграційним і деструктивним процесам.

Тому сучасні вимоги до організаційно-правового забезпечення їх діяльності стають зрозумілими лише у зв'язку з тими причинами, що обумовлюють потребу у самій практиці функціонування складних адміністративних систем, які покликані узгодити ідеали демократії, забезпечити права людини та соціальну відповідальність перед суспільством, активне входження України до прогресивної міжнародної спільноти.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Даній проблематиці присвячена велика кількість публікацій, які мають широку палітру поглядів, думок, діаметральних позицій. Так, зокрема, питання щодо необхідності проведення політико-правових та структурно-організаційних студій основних властивостей функціонування складних адміністративних систем визначались у працях видатних українських вчених В. Авер'янова, М. Цвіка, В. Копейчикова, О. Петришина, Ю. Тодики, М. Козюбри, П. Рабіновича, В. Сіренко, М. Орзіха, О. Скрипнюка, І. Пахомова; у дослідженнях, пов'язаних з проведенням адміністративно-правової реформи, виконанням цілого ряду законопроектних робіт – Л. Воронова, В. Геєць, А. Соколовська, С. Кораблін, Л. Лещенко та інші.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми.

Необхідність загальнотеоретичного дослідження проблем правових та організаційних основ спричинена як сучасним станом вітчизняної науки, так і невирішеними проблемами не здійсненої в Україні адміністративної реформи.

Формування цілей статті: подолання негативних факторів; проблеми запобігання негативних ефектів в функціонуванні складних адміністративних систем в його організаційно-правовому аспекті;

окреслення питання про місце і роль права в організуючій і настановчій діяльності досліджуваних ними суб'єктів управління.

Виклад основного матеріалу дослідження.

Організаційно-правові засади функціонування складних адміністративних систем у сферах їх діяльності дають підстави продемонструвати і те, що процес забезпечення їх функціонування включає в себе, окрім різноманітних форм нормативно-законодавчої структурної та функціональної регламентації, ще й систему заходів по забезпеченню подолання, виправлення та презентації тих негативних ефектів, що виникають в ході діяльності будь-якої управлінської системи взагалі, а також безпосередньо і будь-якої складної адміністративної системи.

Вочевидь, досліджуючи діяльність складних адміністративних систем в галузі державного управління, адже більшість проблем правозабезпечення виникає саме відносно них (оскільки у недержавній сфері, як правило, включаються фактори економічної ефективності, які змушують складні управлінські системи діяти відповідним чином), - ми повинні ще раз звернути увагу на те, що їх специфіка, як зауважують Т. Ковальова та Д. Бакатін [1, с.32] полягають в тому, що від всіх інших систем управління їх відрізняють чотири засадничі ознаки:

1. Всі вони наділені повноваженнями по здійсненню нормотворчої діяльності.
2. Видані ними норми є обов'язковими для виконання.
3. Вони мають повноваження щодо контролю над процесом виконання прийнятих ними рішень.
4. Вони, у більшості випадків, наділені правом накладання санкцій у разі невиконання чи неналежного виконання їх приписів.

Визначальною рисою управління здійснюваного складними адміністративними системами є його організуючий характер, оскільки кінцевою метою управління завжди виступає організація та впорядкування суспільно-політичних, суспільно-функціональних відхилень в діяльності розглядуваних систем управління. Тому, щоб обґрунтовано вести мову стосовно організаційно-правових засад,

механізмів та шляхів подолання тих негативних явищ, що за цілого ряду причин об'єктивно виникають у процесі діяльності складних адміністративних систем, необхідно описати самі явища, а також визначити які з них піддаються правовому впливу і в якому напрямку даний правовий вплив повинен здійснюватись.

В основу одного з найбільш поширених в сучасній науці управління варіантів класифікації чинників неефективного функціонування складних адміністративних систем було покладено запропонована Г. Кунцом та С. О'Донелом тезу про засадничий зв'язок між тими чи іншими «збоями» в системі управління чи в діяльності окремих складних адміністративних систем, з причинами, що їх породжують. Отже, відповідно в залежності від того, які саме причини висуваються на місце засадничих чи основних, проводиться і класифікація управлінських деформацій. Досить цікавим для прикладу є дослідження у даному аспекті І. Володимирової, яка вказує, що однією з основних причин виникнення негативних ефектів в процесі діяльності складних адміністративних систем є невідповідність їх внутрішньої організаційної побудови тим зовнішнім умовам соціального середовища, в яких вони повинні працювати. Дослідивши два основних типи структурної побудови складних адміністративних систем (ієрархічні та адаптовані структури) [2, с. 41-42], вона констатує, що такі явища як неефективне управління, уповільнення адміністративних процесів, відсутність адекватних зворотних реакцій, відсутність відповідної мотивації, зниження результативності складних адміністративних систем і т.д. виникають з причин неправильного застосування у різних випадках зазначених ієрархічних та адаптованих структур.

Слід звернути увагу на те, що звертаючись до визначення організаційно-правової сутності поняття складної адміністративної системи та здійснення нею управлінського впливу, два основні фактори, які мають найбільший вплив на процеси управління – є структурно-організаційний та функціональний. Тому цілком логічним видається і положення про те, що всі засадничі причини неефективності функціонування складних адміністративних систем, так саме як причини виникнення негативних ефектів в їх діяльності, знаходитимуться в тісному взаємозв'язку з питаннями, які стосуються структурної

організації складних адміністративних систем та правового забезпечення їх роботи.

З огляду на те, що суто організаційні причини неефективної діяльності складних адміністративних систем вже неодноразово ставали предметом наукового розгляду і дискусій як у працях вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Доцільно звернутись до класифікації організаційних причин неефективної діяльності складних адміністративних систем Г. Кунца та С. О'Донела [3, с. 125-133]:

1. Невміння правильно планувати.
2. Невизначеність взаємозв'язків.
3. Невміння делегувати повноваження.
4. Збалансованість.
5. Ототожнення інформаційних зв'язків та відносин адміністративної підлеглості.
6. Існування відповідальності без повноважень і повноважень без відповідальності.
7. Надмірна кількість консультативних служб.
8. Неправильне використання функціональних повноважень.
9. Відсутність чіткої визначеності у підпорядкуванні.
10. Надмірна кількість допоміжних служб.
11. Заорганізованість та проблема правової превенції функціональних «збоїв», яка потребує свого ґрунтованого дослідження.

Отже, виходячи з наведеного теоретико-наукового трактування, ми можемо розподілити всі вади, що виникають в процесі діяльності складних адміністративних систем на структурні та функціональні. При цьому слід зауважити, що інколи деякі дослідники виділяють ще таку окрему групу причин неефективного функціонування складних адміністративних систем як технічні. Не вдаючись до суперечностей, на нашу думку, останні можуть бути включені у якості підгрупи до класу структурних причин, оскільки проблеми технічного забезпечення діяльності складних адміністративних систем (мається на увазі як організаційна, так і управлінська техніка) завжди тісно пов'язані з питаннями щодо оптимального забезпечення їх структурного складу.

Враховуючи реалії сьогодення, ті складні неординарні процеси, які проходять в Україні, в контексті суто організаційних причин неефективної діяльності складних адміністративних систем, повинні дати свої позитивні результати.

З огляду на вищесказане, звертаючись до сьогоденних реалій, слід

зазначити:

«Украина переходит на последний и самый важный уровень революции – проведение системных реформ...»

В модернизации административной машины Украина имеет больше шансов провести быстрые и эффективные реформы. Во-первых, потому, что в упрощении и сокращении управленческого аппарата заинтересованная команда нового Президента. Во-вторых, это направление, где можно добиться скорейшей отдачи, - рядовые граждане сразу почувствуют изменение отношения к себе со стороны чиновников, что позволит удерживать дольше пока что высокий кредит доверия и власти. Хотя для этого явно недостаточно увольнения 10 % (около 25 тыс.) государственных служащих, что уже сделало правительство Арсения Яценюка» [4].

В цьому контексті актуальною є і Постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади».

Проте, незважаючи на всю методологічну потужність (за термінологією К. Поппера) і продуктивність, зазначена класифікація має і значні змістовні недоліки, основний з яких полягає в тому, що цілий ряд об'єктивно існуючих фактів, можуть бути одночасно віднесені як до однієї, так і до іншої групи. Наприклад, такий феномен, який виникає в процесі діяльності складних адміністративних систем, як бюрократизм.

На думку Кунца та О'Донела бюрократизм слід віднести до групи функціональних вад. Але слід зазначити, що разом з тим, вони допускають, що виникнення і розвиток «функціонального бюрократизму» з необхідністю спричиняє і появу структурної перебудови всередині складних адміністративних систем, коли апарат управління з тією чи іншою метою свідомо ускладнює систему зовнішніх та внутрішніх зв'язків складної адміністративної системи, збільшує чисельність управлінських ланок і управлінського штату та формує структуру, так званих, «тіньових» чи неформальних відносин, які є альтернативою законодавчо встановленій нормативно-правовій регламентації.

Наступним аргументом, який свідчить на користь необхідності теоретичного розширення поля подібної класифікації, є те, що окрім

ефектів «подвійної належності» (як показано на прикладі феномену бюрократизму) наведена класифікація все одно не дозволяє визначити повне коло досліджуваних нами негативних ефектів діяльності складних адміністративних систем. Так не викликає жодного сумніву те, що серед всіх чинників, які не просто знижують ефективність управління (в тому числі і державного), але й змістовно трансформують його сутність, надаючи йому нелегальний і кримінально забарвлений характер є феномен корупції влади і управління в цілому та окремих складових адміністративних елементів складних адміністративних систем, посадових осіб і службовців. Однак, відповідно до описаного підходу, ми повинні визначити цей чинник як «позасистемний», який хоча й існує, має транзитний характер, і залежить виключно від тих чи інших змінюваних суспільно-політичних реалій, які можуть впливати на його виникнення. Зокрема, як підтвердження: «І за 23 роки Незалежності України така спаяна система гілок влади не просто розцвіла, а збагатила вже не одну сотню українських мільонерів та мільардерів «від держави»». Тих, хто ніколи нічого не створював, а лише перерозподіляв вже кимось створене та державою відібране у вигляді податків чи спадку СРСР! І така ситуація у кожному державному органі. Керівників міністерств, держкомітетів, комісій, агентств та інших центральних та колегіальних державних органів визначають в Україні по партійним квотам. Тобто – як вже договоряться правлячі партії – чиїх людей куди поставити. Але мало кому відомо, що в цих державних органах такі керівники заповнюють посади директорів департаментів чи управлінь, а також їх заступників своїми людьми не у відповідності до їх професійних здібностей, а у відповідності до їх особистої лояльності призначеним головам та керівникам [5].

В основу іншого підходу класифікації негативних ефектів, що супроводжують процес управління здійснюваного складними адміністративними системами покладається поняття правопорушення. Слід підкреслити, щодо гідних уваги конкуренції аналізу основних видів дисфункціональних відхилень в управлінських системах Н. Крилова (9, с. 90-100) пропонує структурований перелік основних видів

правопорушень, здійснюваних в процесі діяльності складних адміністративних систем.

Всього виділяється три основні групи правопорушень:

1. Ті, що посягають на порядок управління (ті, що посягають на нормативну організацію управління; діяльність, яка прямо або опосередковано перешкоджає виконанню вимог законодавчих актів; продовження виконання управлінської діяльності у випадку перебігу строку повноважень і т.д.).

2. Ті, що посягають на права фізичних та юридичних осіб (те, що посягають на особисту свободу громадян; ті, що не зупиняють протиправних посягань на свободу громадян; дискримінація фізичних та юридичних осіб; розголошення конфіденційної інформації).

3. Порушення «обов'язку управлінської добросовісності» (хабарництво; бюрократизм; порушення службової етики; непрофесіоналізм тощо).

Слід зазначити, що істотною відмінністю зазначеного підходу є те, що всі перелічені негативні ефекти функціонування складних адміністративних систем піддаються безпосередньому правовому впливу, оскільки кожному з них відповідає той чи інший вид правопорушення, за яке законодавчо встановлюється певний вид юридичної відповідальності (адміністративна, кримінальна, цивільна, дисциплінарна). Тому, використовуючи представлену методологію, окрім таких загальних правових аспектів подолання негативних явищ в сфері управління як активна розбудова інститутів громадянського суспільства, загальне підвищення правової культури, демократизація управлінських відносин всередині апарату влади, становлення і розвиток приватного сектору, поєднання ринкових механізмів з елементами цілеспрямованого соціального впливу і т.д. ми завжди можемо визначити сферу дії конкретних нормативно-правових актів, які чи вже існують, чи повинні бути прийняті за для виконання рішення та запобіганню переліченим негативним ефектам, які дістають свого виразу у формі конкретних правопорушень.

Крім того, доцільно зауважити, що зворотнім боком окремих переваг цієї класифікації виступають і її недоліки. Річ у тім, що кількість реально

наявних правопорушень, які виникають в процесі діяльності складних адміністративних систем як динамічних об'єктів дослідження, а також тих можливих форм спотворення цілей, засад механізмів та задач, їх функціонування, які за тих чи інших обставин проявлятимуться у майбутньому, завжди перевищуватиме навіть найдетальнішу адміністративну чи кримінальну класифікацію правопорушень в сфері управління.

Висновки. Таким чином, підсумовуючи результати, ми можемо виділити ряд основних етапів та цілей організаційно-правової діяльності щодо запобігання та подолання вже існуючих (і тих, що можуть виникати у майбутньому) негативних факторів в процесі управлінської діяльності здійснюваної складними адміністративними системами:

- встановлення позитивних норм поведінки, обов'язків суб'єктів управління та мір відповідальності за їх порушення, що супроводжується чітким правовим визначенням компетенції кожної складної адміністративної системи. Разом з тим, варто постійно пам'ятати, що розмежування компетенції складних адміністративних систем важливе не тільки по горизонталі, а й по вертикалі, тобто між різними ланками управління у рамках як окремих складних адміністративних систем, так і у взаємодії в складі мета управлінських систем;

- стимулювання правомірної поведінки, підвищення рівня правової освіти, підготовка кадрів, вдосконалення апарату управління, правил та процедур управлінської діяльності. Виявлення існуючих правопорушень та дисфункціональних відхилень в діяльності складних адміністративних системі прийняття відповідних мір щодо їх виправлення;

- постійне здійснення і ведення як системи ефективного контролю та реалізації принципу поєднання функцій управління з обов'язком відповідальності;

- відстеження порушень та вжиття неюридичних, але правових мір впливу, поєднане з розслідуванням та юридичною кваліфікацією порушень (спеціальна превенція);

- реалізація юридичної відповідальності у різноманітних видах,

формах, встановлення міри відповідальності та її виконання;

- оцінка результату ефективності застосування законодавства на всіх стадіях, вжиття мір вдосконалення механізму відповідальності апарату управління та інших органах складних адміністративних систем, які включені до відносин відповідальності.

Отже, комплексні перетворення у реформуванні організаційно-правового забезпечення діяльності складних адміністративних систем дають можливість позбавитися традиційної абсолютизації ролі внутрішніх закономірностей функціонування та розвитку складних адміністративних систем, домінування вузьковідомчих інтересів та тенденцій до бюрократизації процесу їх функціонування.

Фактично, аналіз теоретичних і практичних проблем організаційно-правового забезпечення ефективної діяльності складних адміністративних систем в Україні переконує в тому, що на сьогодні вихід нашого суспільства з того становища, в якому воно знаходиться потребує такої організації нормативно-правового регулювання, функціонування складних адміністративних систем, яка б забезпечила істотне підвищення результативності всієї сукупності управлінських процесів.

Тому лише змістовна розробка системи розвиненого адміністративного законодавства, поєднана із триваючими науковими стадіями дослідження проблем, здатна забезпечити реальне підґрунтя довгоочікуваних змін, які врешті-решт нададуть змогу нашій державі посісти гідне місце серед сучасних демократичних країн.

Література

1. Бакатин Д. В. Иммуниет государства в конституционном и гражданском праве: отдельные аспекты теории и практики / Д.В. Бакатин, Т. К. Ковалева, Е.С. Жарикова // Вестник Московского университета. М. Изд-во МУ. Серия 11: Право – 1996. – №6. – с. 26-39.
2. Владимирова И. Г. Организация структуры управления / И.Г. Владимирова // Современное управление. – 1999. – №4. – с. 37-47.
3. Кунц Г. Управление: системный и ситуационный анализ управленческих функций. / Г. Кунц, С. О’Доннел. – М.: Прогресс, 1981. – 483 с.
4. Городчук Я. Пять грузинских реформ, которые проведет Порошенко / Я. Городчук // Деловая столица. – 11 июня 2014 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dsnews.ua/economics/pyat-gruziuskih-reform-kotorye-provedet-poroshenko>

10062014071600].

5. Скідський О. Чому реформи Порошенко погаснули, так і не засявши, або як здійснюються реформи в деталях. // Аргумент. – 10 жовтня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://argumentua.com/stati/chomu-reformi-poroshenko-pogasnut-tak-ne-zasyayavshi>.

6. Крылова Н. Е. Ответственность за должностные злоупотребления во Франции / Н.Е. Крылова // Вестник Московского университета. М: Изд-во МУ, серия 11: Право. – 1998 – №1 – с. 90 -100.

Анотація

Француз А.Й. Теоретико-правові аспекти подолання негативних факторів складних адміністративних систем. – Стаття.

У статті розглянуто теоретико-правові фактори запобігання і подолання негативних ефектів в функціонуванні складних адміністративних систем, в його організаційно-правовому аспекті.

Ключові слова: складні адміністративні системи, проблеми правозабезпечення, превенція, негативні фактори, організація.

Аннотация

Француз А.Й. Теоретико-правовые аспекты преодоления негативных факторов сложных административных систем. – Статья.

В статье рассматриваются теоретико-правовые факторы предупреждения и преодоления негативных эффектов в функционировании сложных административных систем, в их организационно-правовом аспекте.

Ключевые слова: сложные административные системы, проблемы правообеспечения, превенция, негативные факторы, организация.

Summary

Frantsuz A.Y. Theoretical and Legal Aspects of Overcoming of Negative Elements of Complex Administrative Systems. – Article.

The article analyzes procedural and institutional aspect of theoretical and juridical aspects of negotiation of complex administrative systems negative effects.

Keywords: complex administrative systems, problems of legal coverage, prevention, negative elements, organization.



**КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ;
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО**

УДК 343.9

О.М. Олійник

здобувач кафедри кримінології та
кримінально-виконавчого права
Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого

**ЗАПОБІГАННЯ НЕЦІЛЬОВОМУ ВИКОРИСТАННЮ
БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ**

Конституція України у ст. 95 закріплює справедливий та неупереджений характер розподілу суспільного багатства між громадянами, цільове спрямування видатків Державного бюджету України та забезпечення його збалансованості. Попри це конституційне положення спостерігається чимало порушень норм бюджетного законодавства у багатьох галузях національної економіки, у роботі більшості органів державної влади та місцевого самоврядування. Контролюючими та правоохоронними органами щороку фіксуються сотні порушень законодавства у сфері бюджетних правовідносин, які заподіюють колосальні економічні збитки. Одним із найпоширеніших негативних соціальних явищ у бюджетній сфері є нецільове використання бюджетних коштів. За нього передбачена кримінальна відповідальність у ст. 210 КК України.

Особливої актуальності це питання набуває у діяльності Збройних Сил України (далі – ЗС). Лише за січень - березень 2013 р. аудиторам вдалось запобігти розкраданням близько 70 млн. грн. військових коштів. Протягом вказаного часового проміжку проведеними у Міністерстві оборони України (далі – Міноборони) контрольними заходами було охоплено 12 млрд. грн. ресурсів, виявлено збитків та втрат на суму 158,1 млн. грн. [1].

Нагальність запобігання використанню бюджетних коштів усупереч

їх цільовому призначенню пов'язана із його поширеністю у всіх напрямках діяльності ЗС, що охоплюються різними бюджетними програмами Міноборони. Вказане негативне соціальне явище у військовій сфері має високий рівень латентності, через що більшість порушень бюджетного законодавства не відбиваються у кримінально-правовому статистичному обліку. Нецільове використання державних фінансів має складну детермінацію, бо його подальше відтворення зумовлює ціла низка різних за характером криминогенних чинників. Вони мають місце як у сфері діяльності розпорядників та одержувачів бюджетних коштів ЗС, так й у роботі правоохоронних та контролюючих державних фінансових органів.

Соціальна небезпека нецільового використання бюджетних коштів у ЗС полягає у суттєвому скороченні фінансування основних напрямів діяльності Міноборони. Це природно призводить до зменшення рівня національної безпеки України, погіршення її обороноздатності. Вказана обставина є вельми актуальною під час проведення Антитерористичної операції (далі – АТО) у Донецькій та Луганській областях, збереження територіальної цілісності України, безпеки громадян. Означене вимагає виділення додаткових коштів із Державного бюджету України.

Різні проблеми нецільового використання бюджетних коштів вивчали такі українські вчені-юристи, як А.В. Баб'як, О.З. Гладун, Н.О. Гуторова, З.Б. Живко, П.І. Зінов, А.О. Йосипів, В.В. Кулаков, В.В. Лень, С.І. Марко, С.С. Мірошніченко, Ю.С. Назар, В.М. Руфанова, І.А. Сікорська, Р.Л. Степанюк, О.О. Титаренко, О.В. Тихонова та ін. Однак роботи вказаних науковців були присвячені здебільшого питанням кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ст. 210 КК України. Залишилось поза увагою криминологічне дослідження використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому використанню у ЗС.

Метою наукової статті є розроблення заходів криминологічного запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів у ЗС.

Запобігання вказаному негативному соціальному явищу у військовій сфері пропонується побудувати за усталеним в криминології підходом. Відповідно до нього запобігання включає комплекс взаємопов'язаних між

собою заходів загальносоціальної та спеціально-кримінологічної спрямованості.

Головним запобіжним напрямом пропонується вважати саме профілактику бюджетних зловживань у ЗС. Важливим профілактичним напрямом є удосконалення державної політики у сфері використання бюджетних коштів ЗС. Пропонується згрупувати заходи даного профілактичного напрямку на підставі *критерію їх характеру* на кілька видів:

1) *боротьба з корупцією*. З метою запобігання організованості економічної злочинності в українській армії, «обслуговуванню» керівництвом Міноборони України економічних незаконних інтересів його покровителів з Уряду та парламенту має бути максимально обмежений зв'язок влади й бізнесу. Впливові бізнесові структури, кланово-олігархічні групи, призначаючи або сприяючи у призначенні лояльних Міністрів оборони України, їх заступників, керівників видів ЗС тощо згодом повертатимуть вкладені кошти шляхом їх, в тому числі, нецільового використання. Тому вирішення цієї нагальної проблеми знаходяться виключно у політичній площині. Її розв'язання залежить від наявності у Президента України, Прем'єр-міністра України та інших високопосадовців політичної волі на кардинальні зміни у побудові української політики та принципів її реалізації;

2) *формування нових підходів у запобіганні бюджетним злочинам*. Враховуючи, що межі абстрактного впливу системи кримінального законодавства на злочинність залишається невідомими [2], необхідно створювати умови для запровадження так званого завчасного запобігання шляхом ускладнення вчинення злочинів, передбачених ст. 210 КК України. Окрім цього, каральна судова практика має зміщуватись у бік обрання винним покарань економічного характеру, які не пов'язані із позбавленням волі. У цьому зв'язку слід визнати доцільність розроблення проекту Закону України «Про основи запобігання та боротьби з економічними правопорушеннями» № 4449А від 8 серпня 2014 р. В ньому передбачається суттєве посилення штрафу як економічної санкції. Зокрема, за нецільове використання бюджетних коштів у великих розмірах планується збільшити штраф зі 100–300 НМДГ до 3–5 тис.

НМДГ [3] Тобто штраф буде збільшено майже у 17 разів.

3) *зміцнення фінансової дисципліни у діяльності Міноборони* можна пов'язати із заходами, які пропонуються у чинному галузевому законодавстві щодо: посилення вимог Міністерства фінансів України до здійснення бюджетного процесу розпорядниками бюджетних коштів ЗС; проведення обов'язкової сертифікації керівників фінансових служб головних розпорядників коштів державного бюджету; забезпечення збалансованості та бездефіцитності загального та спеціального фондів Міноборони [4]; створення єдиного реєстру військового майна;

4) *трансформація пріоритетів соціально-економічної політики держави*. Суттєве зменшення соціального навантаження на економіку України пов'язується лише із збереженням територіальної цілісності нашої держави, припиненням бойових дій на сході країни та залученням додаткових фінансових ресурсів з боку МВФ та країн західного світу. Мудра та соціально справедлива політика перерозподілу національного багатства має стати порятунком для сучасної України. Відміна чи суттєве скорочення пільг для великого, часто напівкримінального, бізнесу кількох десятків українських олігархів, природно призведе до наповнення Державного бюджету України. Ці кошти мають бути спрямовані на більш достойне забезпечення військовослужбовців та інших службових осіб, які розпоряджаються державними фінансами ЗС;

5) *удосконалення нормативного забезпечення*, зокрема Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 1993 р. [5]. Він є морально застарілим та не відповідає динамічним змінам, які відбуваються у сучасному бюджетному процесі. Тому потребує прийняття низки важливих нормативно-правових актів: Закону України «Про систему державного фінансового контролю в Україні» [6], Закону України «Про запобігання та протидію злочинності у сфері економіки». Потребує внесення змін до ст. 210 КК України з метою зменшення великого та особливо великого розміру бюджетних коштів, використаних усупереч цільовому призначенню;

б) *побудова сучасного внутрішнього фінансового контролю*.

Відповідно до Концепції розвитку державного внутрішнього фінансового контролю на період до 2017 року [7] основою такого контролю є відповідальність керівника за управління та розвиток органу державної влади в цілому. Це означає, що Міністр оборони України, голова Департаменту фінансів Міноборони мають бути незаангажованими та незалежними у прийнятті відповідних управлінських рішень, які стосуються результатів господарської діяльності військового відомства. Від законності та спрямованості цих рішень залежить цільовий характер використання бюджетних коштів, перерозподіл їх між розпорядниками нижчих рівнів та спрямування частини цих коштів одержувачам відповідно до умов укладених господарсько-правових угод;

7) *розширення можливостей внутрішнього аудиту бюджетного процесу Міноборони.* Ефективності проведення внутрішнього аудиту фінансово-економічної діяльності Міноборони як головного розпорядника бюджетних коштів та розпорядників нижчих рівнів сприятиме забезпечення незалежності у здійсненні своєї діяльності та формулюванні висновків працівниками Департаменту внутрішнього аудиту та фінансового контролю Міноборони;

8) *посилення ролі громадського впливу на законність бюджетного процесу.* Закон України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» від 2003 р. до суб'єктів такого виду контролю відносить: окремих громадян, громадські організації, ЗМІ. До форм громадського контролю діяльності Міноборони, включаючи витрачання ним бюджетних коштів, віднесено:¹ а) особисті звернення через народних депутатів України, омбудсмана чи громадські організації, членами яких вони є; б) проведення наукових досліджень, в тому числі щодо боротьби зі злочинністю; в) здійснення громадської експертизи проектів законів, рішень, програм; г) представлення власних рекомендацій й пропозицій відповідним державним органам для врахування в ході реформування ЗС; д) взяття участі у громадських дискусіях та відкритих парламентських слуханнях з питань діяльності, включаючи бюджетну, Міноборони; е) виступ через

¹ Див. : Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави : Закон України від 19.06.2003 р. N 975-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 46. – Ст.366.

депутатів із законодавчою ініціативою про удосконалення чинного законодавства України [8].

Для підвищення громадського впливу на законність бюджетного процесу у військовій сфері необхідно розширювати роль ЗМІ. Як показує життя, часто ЗМІ є ініціаторами відкриття гучних кримінальних проваджень. Результати журналістських розслідувань можуть стати не лише приводом для затримання злочинців, але й допомогти у зборі доказової бази при розкритті різних злочинів, включаючи бюджетні. Тому провідним національним та місцевим телевізійним каналам, інформаційним ресурсам мережі Інтернет необхідно визнати їх визначальну роль у ознайомленні громадськості із подіями, які відбуваються в країні.

З цією метою слід відкрити нові рубрики у найбільш рейтингових програмах або навіть створити нові телевізійні проекти, наприклад, з такими умовними назвами: «Розкрадачі Державного бюджету України», «Хто розбазарює державні кошти?», «Сила грошей», «Армія і гроші», «Як живуть українські генерали?» тощо. В цих програмах необхідно наводити фрагменти інтерв'ю із керівництвом Міноборони, правоохоронних та державних контролюючих фінансових органів із висвітленням від першої особи питань, пов'язаних із: а) рівнем законності у сфері використання бюджетних коштів під час проведення АТО на Донбасі; б) кількістю проведених ревізій господарської діяльності Міноборони України; в) матеріальними збитками, встановленими правоохоронними органами, від розкрадання державних фінансів, що виділяються на українську армію; г) реальними правовими наслідками для винних у нецільовому використанні бюджетних коштів; д) перспективами удосконалення бюджетного процесу військового відомства та ін.

Важливим напрямом запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів у ЗС є *оптимізація діяльності правоохоронних, контролюючих та судових органів*. Результати експертного опитування 265 працівників органів військової прокуратури Центрального, Західного та Південного регіонів України вказують на необхідність здійснення таких організаційно-управлінських заходів в даній сфері:

1) ретельний підбір кадрів в системі розпорядників бюджетних коштів ЗС, контролюючих та правоохоронних органів – на це вказало 31,7 % опитаних респондентів;

2) розширення повноважень контролюючих фінансових органів – 26,4 %;

3) фахові перевірки реалізації заходів державних цільових програм у військовій сфері – 25,7 %;

4) запровадження публічного звітування за використанням бюджетних коштів у ЗС – 24,9 %;

5) підвищення взаємодії військової прокуратури з контролюючими органами та органами внутрішнього аудиту Міноборони, проведення спільних позапланових перевірок – 21,1 %;

6) підвищення кваліфікованості працівників військової прокуратури, обов'язкова обізнаність у бюджетному законодавстві – 9,1 %;

7) створення нових компетентних оперативних підрозділів у Службі Безпеки України та Службі правопорядку Міноборони – 6,0 %.

У науковій літературі фахівцями у галузі запобігання злочинності виділяється кілька видів відвернення злочинів як окремого напрямку спеціально-кримінологічного запобігання злочинності. Зокрема, В. В. Голіна вказує на загальне та індивідуальне відвернення злочинів [9, с. 52]. Використовуючи такий поділ заходів із відвернення злочинів, передбачених ст. 210 КК України, до осіб (груп осіб), у яких сформований умисел на використання бюджетних коштів не за цільовим призначенням у ЗС, може бути застосовано низку запобіжних заходів.

На загальному (груповому) рівні відвернення, наприклад, може проявлятися через:

1) проведення семінарів, спеціальних нарад, присвячених розгляду питань додержання законності у бюджетній сфері з метою нейтралізації злочинних намірів та добровільної відмови від їх реалізації певної групи службових осіб розпорядників, одержувачів бюджетних коштів, ревізорів та аудиторів контролюючих державних фінансових органів. Останні можуть бути співучасниками вчинення бюджетного злочину;

2) виділення додаткового грошового забезпечення працівникам фінансових управлінь та департаментів ЗС, діяльність яких вказує на

ймовірність використання державних фінансів усупереч їх цільовому призначенню;

3) виступи перед фінансовими та бухгалтерськими колективами усіх розпорядників бюджетних коштів ЗС з боку керівників контролюючих, правоохоронних органів про результати діяльності щодо запобігання бюджетним злочинам, розроблення нових методик їх розкриття.

Це буде додатковим аргументом для осіб із сформованими злочинними намірами у переосмисленні подальших дій із реалізації злочинного умислу.

На *індивідуальному рівні відвернення* нецільового використання бюджетних коштів у ЗС може полягати у:

а) підвищенні зарплатні конкретному військовослужбовцю чи службовій особі, які є носіями сформованого злочинного умислу;

б) переведенні особи на іншу роботу, підпорядкуванні іншому керівництву, підвищенні у посаді з метою зміни зовнішніх обставин, на які розраховувала службова особа із сформованою кримінальною мотивацією;

в) вирішенні квартирного питання, допомозі у санаторно-курортному лікуванні, щоб не допустити готування чи замах на бюджетний злочин;

г) наданні службовій особі позачергової відпустки чи направлення її у відрядження;

д) проведенні бесіди про недопущення реалізації злочинного умислу та роз'ясненні правових наслідків при вчиненні нецільового використання бюджетних коштів;

е) притягненні військовослужбовця до дисциплінарної чи адміністративної відповідальності за недотримання фінансової дисципліни або бюджетного законодавства з метою недопущення більш суспільно небезпечних наслідків при вчиненні бюджетного злочину.

Припинення використання державних фінансів усупереч їх цільовому призначенню пов'язане із виявленням службових осіб розпорядників та одержувачів бюджетних коштів ЗС, які готують вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК України, та намагаються

довести його до логічного завершення. Тому і заходи із припинення мають бути спрямовані на недопущення реалізації дій, які охоплюються об'єктивною стороною вказаного бюджетного кримінально караного посягання. До таких заходів можна віднести:

- проведення термінової перевірки стану виконання певної бюджетної програми Міноборони;
- здійснення конкретного тематичного внутрішнього аудиту щодо ефективності чи цільового характеру використання бюджетних коштів певним розпорядником чи одержувачем бюджетних коштів, відносно якого є оперативна інформація про готування до бюджетного злочину;
- витребування Департаментом фінансів Міноборони у розпорядників нижчих рівнів звітів про поточні бюджетні призначення, стан використання бюджетних коштів за окремими напрямками.

Беручи до уваги специфічність об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 210 КК України, можна врахувати ці знання під час його припинення. На стадії *готування* до вчинення зазначеного бюджетного кримінального посягання злочинець має оформити відповідні документи для здійснення фінансової операції. При цьому припинення на цій стадії реалізації злочинної мотивації може полягати у вивченні даних документів, наприклад, головним розпорядником бюджетних коштів, наданні доручення для внесення певних змін або уточнень. Все це потрібно для якнайдовшого відтермінування закінчення злочину.

На стадії *замаху* на нецільове використання бюджетних коштів злочинець має надати до Держказначейства відповідне платіжне доручення для прийняття останнього для виконання. Воно полягає у перерахуванні певної суми бюджетних коштів головним розпорядником розпорядникам нижчих рівнів чи одержувачу державних фінансів. Тому припинення даного злочину на стадії замаху спрямоване на надання працівнику Держказначейства відповідної оперативної інформації з боку співробітників правоохоронних органів, керівництва чи колег відповідної службової особи, яка має намір здійснити замах на вчинення бюджетного злочину. Працівник Держказначейства у свою чергу задля припинення даного злочину не має приймати платіжне доручення до виконання під

будь-якими приводами.

Висновок: успішне запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів у ЗС залежить від дотримання фундаментальних вимог, що пред'являються до цієї діяльності: 1) наукове забезпечення; 2) участь якомога більшого кола суб'єктів запобігання; 3) поєднання різних за характером заходів загальносоціальної та спеціально-криминологічної спрямованості; 4) використання прогресивного досвіду провідних країн у цій сфері.

Література

1. Військові спеціалісти з внутрішнього аудиту та фінансового контролю запобігають втратам коштів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://army.unian.net/ukr/detail/2193>.

2. Головкін Б. М. Превентивний вплив системи антикримінального законодавства України на злочинність / Б. М. Головкін // Вісн. акад. прав. наук. України. – 2012. – № 4. – С. 308–317.

3. Про основи запобігання та боротьби з економічними правопорушеннями : проект Закону України № 4449А від 08.08.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51916.

4. Питання зміцнення фінансово-бюджетної дисципліни : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 19.01.2011 р. № 148-р [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/148-2011-p>.

5. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 26.01.1993 р. № 2939–XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2939-12>.

6. Про систему державного фінансового контролю в Україні : Проект Закону України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=12389&pf35401=22042>.

7. Про схвалення Концепції розвитку державного внутрішнього фінансового контролю на період до 2017 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.05.2005 р. № 158 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/158-2005-p>.

8. Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави : Закон України від 19.06.2003 р. N 975-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 46. – Ст. 366.

9. Голина В. В. Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений : учеб. пособие / В. В. Голина. – Киев : УМК ВО, 1989. – 72 с.

Анотація

Олійник О.М. Запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів у Збройних Силах України. – Стаття.

У науковій статті запропоновано низку загальносоціальних та спеціально-кримінологічних заходів щодо удосконалення діяльності із запобігання нецільовому використанню бюджетних коштів у Збройних Силах України.

Ключові слова: нецільове використання бюджетних коштів, Збройні Сили України, державні фінанси, бюджетні зловживання, розкрадання державного бюджету.

Аннотация

Олейник А.Н. Предупреждение нецелевого использования бюджетных средств в Вооруженных Силах Украины. – Статья.

В научной статье предложен ряд общесоциальных и специально-криминалогических мер по усовершенствованию деятельности относительно предупреждения нецелевого использования бюджетных средств в Вооруженных Силах Украины.

Ключевые слова: нецелевое использование бюджетных средств, Вооруженных Силы Украины, государственные финансы, бюджетные злоупотребления, хищение государственного бюджета.

Summary

Oliynyk O.M. Prevention of the Improper Use of Budget Funds in the Armed Forces of Ukraine. – Article.

In the scientific article offered a number of social and special criminological measures to improve the prevention of the improper use of budget funds in the Armed Forces of Ukraine.

Keywords: improper use of budget funds the Armed Forces of Ukraine, state finances, budgetary abuses, theft of state budget.



УДК 343.81

В.Г. Павлов

суддя Прилуцького міськрайсуду
Чернігівської області

ПОНЯТТЯ ПЕРСОНАЛУ ДЕРЖАВНОЇ ПЕНІТЕНЦІАРНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ТА ЗАСАДИ ЙОГО ДІЯЛЬНОСТІ

Вирішення організаційно-правових питань, пов'язаних із процесом виконання покарань у виді позбавлення волі на певний строк – одне із найважливіших та відповідальних завдань персоналу Державної пенітенціарної служби України (далі – ДПтСУ). Від того наскільки законним, справедливим та обґрунтованим буде виконано призначене судом покарання особі, яка вчинила злочин, значною мірою залежить досягнення мети покарання. В свою чергу, забезпечення належного виконання покладених завдань та функцій ДПтСУ неможливе без належної організації діяльності її базової складової – персоналу відповідних органів, підприємств, установ та організацій цієї державної служби. В сучасних умовах, коли до функціонування всієї цієї структури державних органів висуваються підвищені вимоги, коли їх діяльність справляє значний вплив на удосконалення суспільних відносин, розвиток економічних та соціальних процесів, особливої важливості набуває питання якісного оновлення кадрового складу кримінально-виконавчої системи України (далі – КВС) [1, с. 108]. Сьогодні актуальним є питання не тільки зміни назви КВС, а й її діяльності. Адже як слушно зазначає Т.А. Денисова, як би не називали установи виконання покарань (тюрмою, пенітенціаріями, виправно-трудовами колоніями, виправними домами, або інакше), засуджені повинні після відбуття покарання ставати кращими, більш прилаштованими до правослухняного життя у суспільстві [2, с. 325]. Від персоналу установи виконання покарання (далі – УВП) значною мірою, принаймні не менше, ніж від умов тримання в місцях позбавлення волі, залежить виправлення чи хоча б достойна відповідальності за себе людини поведінка засуджених, оскільки важливі складові умов відбування покарання залежать від людського фактору персоналу установи, у якій виконується покарання у виді позбавлення волі. За таких умов постійно точаться дискусії стосовно проблем відбування та виконання покарань. Зокрема, вчені-юристи, М.І. Бажанов, Л.В. Багрій-Шахматов, І.Г. Богатирьов, В.В. Голіна, О.М. Джужа, Т.А.

Денисова, В.М. Дрьомін, А.П. Закалюк, О.Г. Колб, О.М. Костенко, М.П. Мелентьєв, В.О. Меркулова, О.С. Міхлін, А.А. Музика, А.А. Піонтковський, С.В.Познишев, Г.О. Радов, А.Х. Степанюк, М.О. Стручков, В.М. Трубніков, І.С. Шмаров та ін. висловлювали окремі думки стосовно правового статусу засуджених, дотримання режиму, можливостей виправлення та ресоціалізації засуджених в умовах несвободи тощо. Проте, практично поза увагою залишалися питання впливу персоналу на процес виправлення засуджених.

За таких умов ми ставимо за мету надати визначення поняття персоналу ДПтСУ, вказати основні напрямки та значення його діяльності, як суб'єкту кримінально-виконавчих відносин. Зазначена мета зумовила відповідну сукупність завдань: проаналізувати зміст нормативної бази, що регулює діяльність ДПтСУ та КВС, з'ясувати основні функції; запропонувати шляхи реалізації певних функцій у організації карально-виправного впливу на засуджених.

Загальновідомо, що кадри (персонал) є найбільшою цінністю будь-яких органів та установ. Персонал є важливою складовою ресурсного забезпечення, яка дозволяє досягати цілей, що ставляться перед КВС. Але потреби персоналу органів та УВП дуже часто ігноруються. Джеймс МакМанус дуже влучно, з цього приводу, зазначив: «Ми ніколи не навчимося поважати права ув'язнених, якщо ми не почнемо по справжньому поважати права в'язничного персоналу. Якщо хтось розраховує на те, що персонал ставитиметься до в'язнів, як годиться, коли в той же час до нього не ставляться порядно, то він дуже помиляється. Ми повинні захищати права в'язнів, але й потрібно дбати про права персоналу ... Отож, вправне спорядження, належний відпочинок, належна тривалість відпустки, достатня кількість програм професійної підготовки персоналу і звичайно ж система внутрішнього розгляду скарг, які можуть виникати у ваших підлеглих – це вимоги, які необхідні для забезпечення належної роботи персоналу, а отже поваги прав в'язнів [3, с. 5-6].

Термін «персонал» від лат. «persona» перекладається як – особа. Використання такого поняття відображає реальне підвищення ролі людського фактору у забезпеченні ефективного функціонування органів та УВП, зростання залежності результатів їх діяльності від якості

розвитку, мотивації та характеру використання всього персоналу та кожного працівника окремо. Слід зазначити, що після прийняття у 2003 році нового Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК) поняття «персонал» знайшов своє закріплення на законодавчому рівні [4] у 2005 році, у Законі України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» [5]. Зокрема, у ст. 14 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» зазначено, що до персоналу ДКВС України належать особи рядового і начальницького складу, спеціалісти, які не мають спеціальних звань, та інші працівники, які працюють за трудовими договорами в ДКВС України [5]. Тлумачення категорій «працівник» і «персонал», а також інших, які застосовуються у практиці державної служби, вимагає визначити узагальнене поняття, яке охоплює усіх осіб, задіяних до виконання завдань системи. Наведемо ряд визначень, що містяться у довідковій літературі та інших наукових джерелах:

1) особовий склад установи, підприємства чи частину цього складу, що являє собою групу за професійними або іншими ознаками, наприклад, обслуговуючий персонал [6, с. 383];

2) особовий склад, колектив працівників якої-небудь установи, підприємства тощо, або ж групу працівників установи, підприємства, що працюють в одному відділі, на одній ділянці роботи або виконують ті самі функції, мають той самий фах [7, с. 331].

Поняття «персонал» – в контексті узагальнення постійних працівників органів виконавчої влади (державні службовці, технічні та обслуговуючі працівники) пропагується і в Концепції адміністративної реформи в Україні. Потрібно зазначити, що найбільш вдалим, на нашу думку, буде визначення персоналу для МВС України, яке запропонував А.П. Коренев. Він зазначав, що до кадрів органів внутрішніх справ (в широкому розумінні) відносяться особи, які постійно або тимчасово в якості основної професії або спеціальності і на оплатній основі виконують певні трудові функції в органах, установах, організаціях системи МВС [8, с. 121].

Поняття «персонал» можна тлумачити як у широкому так і у

вужькому значенні. Для ДПтС України дане поняття має специфічне трактування. У широкому значенні це поняття охоплює всі категорії осіб, які виконують певні обов'язки в офіційно встановлених рамках конкретної системи управління установи пенітенціарної служби та будь-якого структурного підрозділу. Тому поняття «персонал» об'єднує не лише атестованих, але і осіб, які не мають спеціальних звань та інших працівників, які працюють за трудовими договорами. Не можна ігнорувати той факт, що досить значна частина співробітників ДПтС України є державними службовцями, а тому ми вважаємо за доцільне коротко охарактеризувати державно-службові відносини. У відповідності до тлумачного словника В.П. Даля «служба» – це використання, користь, діяльність, життя для інших, корисна справа. Слугувати, служити означає бути корисним; бути знаряддям, засобом до мети, бути потрібним [9, с. 224-225].

Останнім часом дискусії стосовно поняття державного службовця у науці свідчать про відсутність єдиного погляду на дану дефініцію. Закон України «Про державну службу» [10], тлумачення даного терміну віддає на відкуп доктрині адміністративного права. У широкому значенні державним службовцем є особа, що у порядку, встановленому правовими актами, обіймає посаду в державній організації, органі державної влади, на підприємстві, в установі та в інших організаціях. У вужькому значенні під поняттям «державний службовець» мають на увазі громадянина, що займає в порядку, встановленому правовими актами, посаду в державному органі [10].

Враховуючи вищезазначене ми вважаємо, що державний службовець – це особа, яка уклала з державним органом трудовий договір (контракт), займає штатну посаду в цьому органі, має спеціальну професійну підготовку щодо здійснення від імені держави наданих йому функцій і повноважень та необхідний кваліфікаційний розряд і отримує за свою службу грошову винагороду з державного бюджету.

Ми підтримуємо позицію вчених, які вважають, що використання терміну «персонал» найбільше відповідає сучасним реаліям діяльності УВП, оскільки він фактично означає сукупну єдність особистостей, які працюють для досягнення головної, загальної для всіх мети –

виправлення та ресоціалізація засуджених. На нашу думку, більш вдалим є визначення персоналу на думку А.О. Галая, який зазначив, що персонал установ виконання покарання – постійний кадровий склад працівників установ виконання покарання, що включає в себе різні категорії, які виконують конкретно поставлені функції (завдання), спрямовані на реалізацію цілей виконання покарання та користується у зв'язку з цим державними гарантіями забезпечення ефективної діяльності [11, с. 35].

Ми також вважаємо, що питання впливу персоналу на процес виправлення засуджених необхідно розглядати у двох площинах – ставлення до засуджених і ставлення до своєї роботи, її особливого місця у суспільній сфері і можливих наслідків недбалого до неї ставлення у соціальному масштабі і для життя конкретних людей.

З урахуванням вищезазначеного, можемо дати визначення персоналу ДПтС України – це сукупність працівників, які займають відповідні посади у структурі ДКВС України, відповідно до штатного розкладу, мають спеціальні звання, спеціалісти, які не мають спеціальних звань, та інші працівники, які працюють за трудовими договорами, володіють моральними та діловими якостями, що дозволяють їм виконувати завдання з виконання кримінальних покарань, користуються певними соціальними пільгами, мають певні трудові та політичні обмеження, що зазначені у чинному законодавстві.

Розподіл персоналу відбувається перш за все по участі в основних видах діяльності структурного підрозділу. Зазначимо, що в межах державної служби в ДПтС України можна виділити два основні її підвиди – цивільну і мілітаризовану, що відповідає загальноприйнятому поділу державної служби на види залежно від її характеру. Виходячи із зазначеного, весь персонал кримінально-виконавчої служби можна поділити на декілька груп, а саме:

– керівний склад, який здійснює функції загального управління, володіє юридичним правом прийняття рішень і має у підпорядкуванні інших працівників. До керівників також відносяться їх заступники та начальники управлінь та відділів, які у сукупності утворюють адміністрацію пенітенціарної служби (до керівного складу персоналу

ДПтС України відносяться: Голова ДПтС України, який призначається на посаду Президентом України за поданням Прем'єр міністра України, заступників Голови, які призначаються також Президентом України за поданням Голови, начальників управлінь у структурі ДПтС України та територіальних управлінь ДПтС України в областях, які призначаються на посади Головою ДПтС України, заступники начальників управлінь та начальники самостійних відділів, начальники органів та установ виконання покарань);

– спеціалісти. До даної категорії входять всі ті хто володіє спеціальними знаннями, необхідними для здійснення функцій кримінально-виконавчої служби, які не мають підлеглих, але володіють управлінською інформацією і виконують допоміжні функції;

– технічні виконавці та виробничий персонал. Ця категорія осіб приймає участь в здійсненні управлінського процесу, створення матеріальних цінностей або наданням виробничих та інших послуг. Регулювання їх трудових відносин здійснюється нормами трудового законодавства, встановленими для працівників, зайнятих на аналогічній роботі в будь-яких організаціях.

Приведена вище класифікація персоналу ДПтС України дозволяє висувати вимоги до нього, які мають нормативний характер, відрізняються залежно від функцій, які притаманні тій або іншій посаді чи виконуваній роботі або службовій функції. Так, серед персоналу ДКВС України можна виділити оперативні функціональні групи (підрозділи) оперативні; відділи нагляду і безпеки; відділи (групи) виховної роботи; виробничо-технічні групи (підрозділи), медичні частини тощо. Відповідно до кожної такої групи будуть ставитися різні вимоги (професійні, особисті якості, соціально-демографічні показники тощо). Але при всьому різноманітті можна виділити загальні вимоги до персоналу КВС України, які чітко зазначені у ч. 3 ст. 14 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України»: на службу до ДКВС України приймаються на конкурсній, добровільній, контрактній основі громадяни України, які спроможні за своїми особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнем та станом здоров'я ефективно виконувати відповідні службові обов'язки [5]. Такі

загальні вимоги до персоналу ДКВС України забезпечують єдині підходи щодо формування міцного, професійного кадрового ядра цієї державної служби. А вже врахування особливостей службової діяльності в окремих функціональних групах (підрозділах) ДКВС України забезпечується за рахунок відповідних кваліфікаційних вимог до професійної придатності, які визначаються нормативно-правовими актами Міністерства Юстиції України (ч. 3 ст. 14 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України»). Вимоги, які висуваються до рівня освіти персоналу, відрізняються залежно від посади та функцій, які виконує ця особа. Більшість персоналу ДКВС України повинні мати вищу або середню спеціальну освіту, оскільки застосування кримінально-виконавчого законодавства, здійснення психолого-педагогічного впливу на засуджених вимагає високого рівня кваліфікації.

Аналіз відомчих наказів (інструкцій, розпоряджень тощо) дає можливість зробити висновок, що система вимог до персоналу органів і УВП повинна включати такі групи: 1. Загальні вимоги: а) вимоги до прийому на роботу; б) службові вимоги (загальні вимоги щодо виконання службових завдань); в) вимоги щодо поведження із засудженими; г) організаційно-економічні вимоги; д) професійно-психологічні вимоги. 2. Посадові вимоги, що включають вимоги щодо виконання роботи окремими посадовими особами установ і органів виконання покарань. Наприклад, вимоги щодо підбору персоналу до кримінально-виконавчої системи України розкриваються Інструкцією про порядок добору, вивчення, оформлення кандидатів на посади рядового і начальницького складу і проведення спеціальної перевірки осіб, прийнятих на службу (роботу) в кримінально-виконавчу систему.

Загальні вимоги (службові вимоги) передбачають досить значне коло щодо виконання роботи персоналом органів і установ виконання покарань: переконаність у важливості своєї діяльності, розуміння та виконання службових завдань, дотримання законодавства, дисциплінованість, авторитетність, гідність, самоповага, почуття обов'язку, володіння прийомами рукопашного бою, спецзасобами, зброєю та спецтехнікою, охайність тощо. На рівні норм законодавства до

них відносять необхідність неухильно виконувати закони України, дотримуватися Кодексу етики та службової поведінки персоналу ДКВС України, що були схвалені рішенням колегії ДПтС України (протокол № 11РК від 19.12.2012 р.), реалізовувати свої професійні обов'язки (статті 16,18 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України») тощо.

Друга група вимог до виконання роботи персоналом органів і УВП, перш за все, спрямована на те, щоб розкрити особливості діяльності окремих категорій персоналу, передбачити відмінності правового та соціального положення співробітників, які працюють на досягнення різних як суміжних, так і відмінних функцій. Вони деталізуються на рівні підзаконних нормативно-правових актів та посадових інструкцій персоналу.

Узагальнюючи викладене слід зазначити, що персонал ДПтС України є центральним елементом цього державного органу. Міжнародні стандарти встановлюють підвищені вимоги до персоналу органів та установ КВС України. Нині необхідний новий погляд на визначення основних напрямів кадрової політики державного управління в КВС, правового регулювання форм і методів кадрової роботи, у тому числі і здійсненні внутрішньо організаційної діяльності щодо добору, розстановки, закріплення, використання кадрів їхнього навчання і виховання. Тільки такий підхід буде спроможний забезпечити виконання основних завдань, покладений на персонал КВС, як суб'єкту кримінально-виконавчих відносин.

Література

1. Бараш Є. Ю. Організаційно-правові засади діяльності установ виконання покарань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Бараш Євгеній Юхимович. - Х., 2006. – 232 с.
2. Денисова Т.А. Криза призначення, виконання, відбування покарання у виді позбавлення волі на певний строк та шляхи її подолання //Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень /За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. А.А. Музики. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – С.324-332.
3. Колпаков В.К. Адміністративне право України: Підручник./ В.К. Колпаков. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 736 с.
4. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року № 1129 – IV: за станом на 12 груд. 2012 р. // ВВР. – 2004. – № 3-4. – Ст. 21.

5. Про Державну кримінально-виконавчу службу України: Закон України від 23 червня 2005 року №2713-IV: за станом на 12 груд. 2012 р. // ВВР. – 2005. - №30. – Ст. 409.
6. Словарь иностранных слов. – 15-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1988. – 606 с.
7. Словник української мови. – К.: Наукова думка, 1975. – Т. VI. – 832 с.
8. Основы управления в органах внутренних дел : учеб. / под ред. А.П. Коренева. М., 2000. – 344 с.
9. Толковый словарь живого великорусского языка / Под ред. В.И.Даля. – Т. 4. – СПб., 1882. – 286 с.
10. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3723 – XII: за станом на 13 черв. 2012 р. // ВВР. – 1993. - № 52. - Ст. 490.
11. Галай А.О. Організаційно-правові засади формування та функціонування персоналу установ виконання покарання: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Галай Андрій Олександрович. – Ірпінь, 2003. – 215 с.

Анотація

Павлов В.Г. Поняття персоналу Державної пенітенціарної служби України та засади його діяльності. – Стаття.

Стаття присвячена розгляду визначення поняття персоналу Державної пенітенціарної служби України, основним напрямкам його діяльності, як суб'єкту кримінально-виконавчих відносин.

Ключові слова: персонал, служба, кримінально-виконавча система, установа виконання покарання.

Аннотация

Павлов В.Г. Понятие персонала Государственной пенитенциарной службы Украины и основы его деятельности. – Статья.

В статье рассматривается определение понятия персонала Государственной пенитенциарной службы Украины, основным направлениям его деятельности, как субъекта уголовно-правовых отношений.

Ключевые слова: персонал, служба, уголовно-исполнительная система, учреждение исполнения наказаний.

Summary

Pavlov V.G. The Concept of the Staff of the State Penitentiary Service of Ukraine and the Basis of Its Activities. - Article.

The article deals with the definition of the personnel of the State Penitentiary Service of Ukraine, the main directions of its activity, as the subject of the criminal legal

relations.

Keywords: personnel, employ, penal institutions, penal system.



УДК 343.9

М.О. Торбєєв

Аспірант кафедри кримінального права Інституту імені Володимира Сташиса Класичного приватного університету

СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ ПРОТИ РАДІАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В СУЧАСНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Постановка проблеми у загальному вигляді. На етапі свого розвитку кожна незалежна державність потребує побудови та удосконалення кращої, більш ефективної системи громадської безпеки як невід'ємної складової національної безпеки, яка займає особливе місце в структурі її національних інтересів. Сучасна кримінально-правова наука не містить в собі ряд концептуальних понять у сфері радіаційної безпеки, що негативним чином впливає на процес виявлення, детермінації та запобігання злочинним проявам в ній.

Ступінь наукової розробки проблеми. Окремі аспекти дослідження правової природі радіаційної безпеки та злочинів в ній ставали предметами дослідження науковців радянського та сучасного періодів. Вагомий внесок та не малий вклад у розробку проблеми і розкритті питання радіаційної безпеки внесли такі вчені, як В.О. Тихий, О.П. Литвин, А. В. Ліпкан, М.Й. Коржанський, В.О. Навроцький, В.В. Сташис, В.Я. Тацій, А.А. Тер-Акопов, К.В. Плева, В.П. Малков, Талевлин А.А., Г. І. Балюк, О.В. Маслюк, А. І. Йойриш, А.Б. Чопорняк, Константинов, О.А. Журбенко, В. П. Горбулін, В. А. Барановський, А.Л. Деркач, Є.А. Іванов та інші. У працях цих вчених містяться положення,

що здебільшого стали основою для кримінально-правового аспекту дослідження цього питання, однак криминологічний окрас цього питання залишається і досі малодослідженим.

Постановка завдання. Дана стаття має на меті провести аналіз стану дослідження проблем кримінально-правової та криминологічної характеристики запобігання злочинам проти радіаційної безпеки в сучасному кримінальному праві та криминології.

Виклад основного матеріалу дослідження. Побудова громадянського суспільства в Україні зобов'язує подальший розвиток ядерної енергетики здійснювати з урахуванням участі свідомої громадськості в цьому процесі, через те, що дана сфера прямо зачіпає проблеми безпеки самих громадян, охорони їх життя та здоров'я як однієї із пріоритетних течій безпечного розвитку держави. Кожного дня при всіх видах діяльності люди наражаються на різного роду загроз. В частих випадках такі небезпеки певним чином прогнозуються самими людьми, як логічний наслідок усвідомленої дії, однак злочинні течії, часом невідконтрольні їх лідерам, виникають стихійно та не прогнозовано, що несе за собою масштабну загрозу безпеці всій країні. У всіх видах радіаційної діяльності важливо мати уявлення про ризики, пов'язані з використанням радіаційного предмету. Нарощувана роль глобальної атомної проблеми визначає необхідність створення ефективної системи забезпечення радіаційного захисту населення та навколишнього природного середовища. Ріст рівня загроз від злочинного прояву в цій сфері визначають актуальність постійного дослідження проблеми радіаційної безпеки, що прямо впливає на досконалість і ефективність прийнятих заходів від яких залежить безпека суспільства сьогодні та всього людства завтра. З іншої сторони, Україна є спадкоємцем потужної системи атомних електростанцій, тому важливим є завдання забезпечення безпеки в цій галузі, зокрема від злочинних посягань, як необхідної умови зміцнення національних інтересів України.

Загальновідомою є та обставина, що будь-яке дослідження окремого феномену лежить в розумінні певного алгоритму та послідовності дій, які характеризуються початком, коренем дослідження, що проростає в

подальші відкриття, аналізи, вивчення. Так, теоретична складова цього процесу акумульовано трансформується в практичну площину у вигляді комплексного заходу запобігання та попередження, як найефективніший превентивний механізм боротьби зі злочинами на базі певних дослідницьких висновків. Доречно з цього приводу зазначив Д.А. Карімов, стверджуючи, що сучасний стан правового об'єкта відходить своїми коренями у минуле, при цьому науковцем акцентовано увагу на тому, що в основі логічного лежить історичне, а історичне не лише взаємодіє з логічним, але й проникає в нього. Навіть найбільш абстрактна логічна формула права є також і історичною, оскільки вона є результатом співставлення, аналізу і узагальнення певного історико-правового досвіду. Без історичного відновлення правового розвитку унеможлиблюється логічне усвідомлення його закономірностей, однак і без логічного осмислення об'єктивного ходу історичного розвитку права неможливо розкрити внутрішні причини і механізм його руху [1 с.17].

По цій проблематиці було здійснено значна кількість досліджень, проте здебільшого вони стосувалися окремих її питань та аспектів. Допустимо прийти до висновку про недостатню увагу до проблематики радіаційної безпеки з боку сучасних науковців в розрізі комплексного кримінологічного дослідження та аналізу, який системно розкриває весь спектр злочинів проти радіаційної безпеки, зокрема, залишилося недостатньо висвітленими питання кримінологічної безпеки у радіаційній сфері, що потребує перегляду значення впливу та ролі суб'єктивного фактору в матриці причин виникнення і реалізації загроз радіаційної безпеки, в тому числі її кримінологічній складовій, а отже й ефективності кримінально-правових засобів її забезпечення пов'язаних із цим. Крім того, в наявних на сьогодні дослідженнях окремі публікації містять в собі протилежні погляди, що часто пролонгуються у протилежні теоретичні позиції, які потребують уточнення чи узгодження між собою. До цього часу законодавчо не визначено кореневе поняття «злочинність у сфері радіаційної безпеки» та/або «злочини у сфері радіаційної безпеки», не досліджено їх сутність, правова, соціально-економічна природа, ознаки тощо.

До сьогодні немає самостійних наукових праць, спеціально

присвячених суто злочинам проти радіаційної безпеки в частині їх криминологічної характеристики, детермінації та запобігання. В підручниках з кримінального права та коментарях КК України розглядалися окремі питання кримінальної відповідальності за порушення правил поводження з радіоактивними матеріалами. В даних матеріалах розкривається вагома частина корисних правозастосовних посилянь та теоретично-практичних положень, проте дані напрацювання мають вибірковий і в певному розумінні дискусійний характер.

Радіаційна безпека, являється складовою громадської безпеки (згідно з структурою КК України) в той же час є складовою і екологічної безпеки, за своїм характером та змістом, що в свою чергу є складовими системи національної безпеки і утворює складне явище, дослідження якого вимагає поєднання теоретичного та практичного досвіду в багатьох галузях знань і має обґрунтовуватись з самого визначення та розкриття власної сутності та природи, а також ознак цього правового явища.

Здійснюючи взаємопов'язаний аналіз приходимо до висновку, що визначенню підлягає поняття безпеки для людини в першу чергу як всеохоплююча категорія. Дана категорія «безпека» визначається як стан, коли кому-, чому-небудь ніщо не загрожує, стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави від внутрішніх і зовнішніх загроз [2].

На нашу думку, слід надати акцент таким її рисам, як нормальний (безперешкодний) розвиток подій життєдіяльності особи (стан), суспільства в умовах відсутності будь-яких загроз цьому, так само, як і відсутності будь-якого несприятливого впливу або навіть ризик таких впливів на життєві процеси людини. В свою чергу В.А. Ліпкан визначив чотири форми прояву поняття безпеки, що впливають з чотирьох підходів до розуміння цього соціального явища. В загальному його порівнянні він прийшов до висновків, що безпеці, як поняттю, притаманні чотири підходи у його визначенні, а саме: статистичний (як стан захищеності від), апофатичний (як відсутність загроз і небезпек), діяльнісний (система заходів, спрямованих на створення певних безпечних умов), пасивний (дотримання певних параметрів і норм, від

забезпечення яких безпосередньо залежить безпека) [3, с. 362-363].

Свого часу, для більш правильного розкриття цього поняття до його антиподу «небезпека» приходив і В.П. Тихий, який доречно акцентував увагу при його порівнянні через визначення значення громадської небезпеки зазначивши, що у змісті поняття немає такої ознаки, як безпека. Виражається це заперечною приставкою «не» [4, с. 18-19].

Небезпека не існує сама по собі. Вона виникає від тих або інших предметів, явищ, процесів, діяльності тощо. Безпека, виступаючи формою прояву своєї протилежності, – небезпеки, також окремо від предмета не існує. Безпека – це якість предмета, а не сам предмет, те чим володіє окремий предмет. Тому є не небезпека, а предмети, які нею володіють. Лише в результаті відхилення, абстрагування цієї якості від самого предмета й утворюють поняття, яке розглядається [4, с. 6].

Суспільний розвиток, його сталість та динамічна забезпеченість найбільш можлива за умови нормальних умов перебігу процесів без ризиків загрозливого зовнішнього впливу на них. Тобто, сучасне практико-теоретичне визначення цього поняття вмістило в собі історично сформований досвід накладений на сучасний стан речей в цій сфері, що поєднало комплексне розуміння наявності безпечного стану в суспільстві, наявності предмету з характерними негативними впливами на цей стан та необхідності державного регулювання щодо детермінації та запобіганню цим впливам.

Найбільш наближеними дослідженнями до цієї статті мали місце в рамках екологічної безпеки, що у складі національної безпеки держави мають певну історію та істотні здобутки. Початок досліджень припадає на середину 90-х років минулого століття, коли усвідомлення незалежності держави потребувало методологічного і методичного забезпечення формування політики національної безпеки, вивчення засад національної безпеки як системного багатокомпонентного явища й однієї з фундаментальних основ державотворення. Тому розгляд екологічної безпеки у сучасних реаліях формування національної стратегії і врівноваженої політики вбачається актуальним науковим завданням [5, с. 240-246].

Дослідниками проблем безпеки вірно розмежовано її на загальну та

спеціальну, що в контексті роботи дає підстави відносити радіаційну безпеку так само до спеціальної. Вперше питання такого виділення постало О.П. Литвином в 1991 році. Тоді в теорії й практиці не існувало понять злочинів, скоєних проти загальної і спеціальної безпеки держави. З'ясування їхнього змісту може сприяти правильній юридичній оцінці діяння при кваліфікації злочинів, призначенні покарання й вирішенні інших практичних питань, зазначав він. Крім того, це дасть змогу конкретизувати теоретичне осмислення цих понять, що сприятиме об'єктивному відображенню й характеристиці суспільно-юридичної природи конкретно взятого злочину, служити критерієм оцінки характеру й ступеня його громадської безпеки, а це у результаті відіграє важливу роль у кримінально-правовій охороні громадських відносин, що визначаються як відносини, що покликані забезпечити екологічну безпеку [6].

На нашу думку, загальне поняття безпеки можна розкласти також за наступними ознаками на основі базової – як певного стану на який здійснюється чи не здійснюється негативний вплив з усіма потенційними наслідками. Отже, саме цей стан являє собою об'єкт охорони, при якому можна виділити наступні обов'язкові характеризуючі умови для нормального забезпечення його існування, зокрема: явища і процеси, які не можуть завдати шкоди, а також відсутність навіть ризику (загального чи спеціального), пов'язаного з можливістю завдати таку шкоду. При чому, відсутність шкоди або загрози завдання такої в даному випадку розглядається як поняття категоричне і не пов'язане з кількісною категорією, яка може підлягати оцінці. Мається на увазі, що безпеці, як відповідному стану притаманні ознаки відсутності будь-якої шкоди, навіть мінімальної, а також відсутність загрози завдання такої. Характерним для стану безпеки є також відсутність матеріальних наслідків злочину, навіть у формі загрози настання таких. У власному погляді щодо наслідків екологічних злочинів (що також допустимо відносити до злочинів, що посягають на спеціальну безпеку) С.Б. Гавриш стверджував, що створення загрози шкоди природному середовищу чи порушення екологічної безпеки, що характеризується фізичною,

соціальною та нормативною ознаками, є наслідками екологічних злочинів [7, с. 258-259].

С.Б. Гавриш відокремлює саме поняття «загрози», як самостійного стану порушення безпеки від тих наслідків, що характеризуються прямими чи опосередкованими збитками як наслідками злочину.

Проте, з даною думкою не погоджується інший дослідник – прихильник суто матеріальної складової злочинного наслідку В.К. Матвійчук, який стверджував, що такий погляд суперечить конструкції описання злочинів із матеріальними складами, де законодавець пов'язує момент закінчення злочину з настанням наслідків, а не з загрозою їх настання, і це очевидно, як він зазначає.

Звичайно, слід погодитися з С.Б. Гавришем, що термін «наслідки злочину» – це загальне поняття, яке в конкретних складах злочину наповнюється конкретними наслідками і конкретною термінологією [8].

Тобто, з початком побудови власної теоретико-правової бази держави формулювалися і базові погляди визначення національної безпеки в тому числі і в частині екологічної її складової, яке наразі допустимо доповнювати у застосуванні в її спеціальній категорії – радіаційної безпеки. В кожному з них робиться наголос на наявність чи відсутність наслідків порушення нормального стану життєдіяльності в державі. В першому випадку зазначалося, що саме створення загрози є достатнім наслідком, то в другому баченні для достатності такої кваліфікації необхідним має бути конкретно визначений результат у вигляді шкоди.

Комплексні підходи запобігання порушення нормальних станів в актуальній для нас сфері описано в спеціалізованій довідниковій літературі в якій поняття «радіаційна безпека» здебільшого визначено як комплекс заходів, що забезпечують безпечну роботу з радіоактивними речовинами та іншими джерелами іонізуючих випромінювань [9, с.128], що прямо пов'язана з безпечним станом природнього середовища та безперебійною роботою радіаційно-ядерних об'єктів де, в рамках комплексу заходів, забезпечується допустимість меж доз негативного радіаційного впливу на населення та навколишнє природнє середовище [10, с. 247].

Іншими словами сучасна правова наука додатково збагатила визначення самої суті радіаційної безпеки заходами її забезпечення у формах заходів запобігання, що на наш погляд є правильним з точки зору повноти розкриття питання і недосконалим з точки зору їх відокремлення від кримінально-теоретичних досліджень поняття радіаційної безпеки.

Теоретична складова дослідження явища радіаційна безпека виглядає значно збагаченою поглядами, міркуваннями та правовими позиціями щодо розкриття його суті на відміну від кримінально-нормативного визначення та закріплення. Розглядаючи радіаційну безпеку через стан розвитку суспільних відносин в державі обов'язковим є її дослідження через призму регулювання правовими засобами. Для більш чіткого та правильного (в розумінні правозастосовчого характеру) дослідження цього питання необхідним є звернення до його нормативного аналізу. Однак, вирішення цього завдання ускладнює недосконала правова база, що не містить в собі чітких визначень. Основна нормативно-правова база України по визначенню цього поняття зводиться здебільшого до комплексу заходів: законодавчих [11, с. 81]; адміністративних, медичних та санітарних [12, с. 19], тобто формально сама суть радіаційної безпеки зводиться лише до однієї з її форм досягнення безпечного стану, а не визначення його як правового явища, що вимагає чіткої дефініції.

За умови відсутності окремого визначення в діючому законодавстві України змістовного поняття безпеки, радіаційної безпеки, то найбільш наближеним до цього в ракурсі дослідження є визначення в Законі України «Про основи національної безпеки України», згідно з яким під національною безпекою України розуміється перш за все захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечується сталий розвиток всіх життєвих процесів, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз в різних сферах державного існування [13].

З цієї ж позиції А. В. Ліпкан зокрема розглядає радіаційну безпеку як процес управління загрозами та небезпеками, за яким забезпечується дотримання певних меж радіаційного впливу на персонал, об'єкти

атомної енергетики, економіки, населення та навколишнє природне середовище, визначених відповідними нормами, правилами і стандартами, а також ефективне функціонування підсистеми радіаційної безпеки [14, с. 576].

Висновок і перспектива подальших розробок. На сучасному етапі дослідження проблем запобігання злочинам проти радіаційної безпеки фактично сформульовані два погляди, один з яких формує бачення, що нормальний стан має забезпечуватися навіть без ризиків його порушення, інший – що злочини у цій сфері є злочинами з матеріальним складом і мають містити в собі обов'язкові наслідки у вигляді матеріальних збитків. Проте досліджуючи дану проблематику окреслився наявний ще один висновок, що в сучасних реаліях таких теоретичних поглядів вочевидь недостатньо, і ми говоримо про необхідність поєднання теоретичного аналізу з певного роду заходів, їх комплексу задля запобігання негативним ризикам в цій сфері.

Тобто, комплексний аналіз наповнюється якісно новим, на жаль за суттю незалежним, баченням радіаційної безпеки саме як процесу управління відповідними спеціальними процесами, в яких дотримання відповідних норм, правил та стандартів зумовлює безпечності існування певного стану функціонування.

Незважаючи на такі висновки, що в нормативному та дослідницькому полі відсутній єдиний комплексний підхід до вирішення питання єдиного розуміння радіаційної безпеки, злочинних проявів в цій сфері, можливо доповнити умови забезпечення безпеки, як явища і процеси, що могли завдати шкоди, однак були вчасно виявлені та попереджені дієвим управлінням, тобто процесом детермінації, однак це вже предмет дослідження іншої статті.

Література

1. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д.А. Керимов. – М.: Аванта+, 2000. – 380 с.
2. Мельничук Т.В. Кримінологічна безпека: сутність та концептуальне обґрунтування / Т.В. Мельничук // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – № 60. – С. 132-138.
3. Ліпкан В.А. Теорія національної безпеки : підручник / В.А. Ліпкан. – К. : КНТ, 2012.

2009. – 631 с.

4. Тихий В. П. Уголовная ответственность за нарушение правил безопасности обращения с общепасными предметами: Учеб. пособие. / В.П. Тихий – К.: УМК ВО, 1989. – 80 с.

5. Сабіров Р.Ф. Екологічна безпека як невід'ємна складова національної безпеки України / Р.Ф. Сабіров // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – 2010. – № 1.

6. Литвин О. Кримінально-правова охорона екологічної безпеки [Електронний ресурс]. // Юридичний журнал. – 2010. – № 3. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3442>.

7. Гавриш С.Б. Кримінально/правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства / С.Б. Гавриш. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2002. – 636 с.

8. Матвійчук В.К. Інші тяжкі наслідки в злочинах проти довкілля: теоретичні та практичні проблеми / В.К. Матвійчук // ЮРИДИЧНА НАУКА. – 2011. - № 6.

9. Мусієнко М.М. Екологія. Охорона природи. Словник-довідник / М.М. Мусієнко, В.В. Серебряков, О.В. Брайон. – К.: Знання, 2002. – 550 с.

10. Українсько-англо-російський тлумачний словник з радіоекології і радіобіології. – К. : ЧорнобильІнтерінформ, 2001. – С. 395.

11. Ядерная энергетика, человек и окружающая среда // Н. С. Бабаев, В. Ф. Демин, Л. А. Ильин [идр.]; под ред. А.П.Александрова. – М.: Энергоиздат, 1981. – 296 с.

12. Словарь терминов в области радиационной безопасности: Проблема 9. Обеспечение радиационной безопасности (ОРР № 9) – М., 1980. – С. 19-389.

13. Про основи національної безпеки України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/964-15>.

14. Ліпкан В. А. Теоретичні основи та елементи національної безпеки України : монографія / В. А. Ліпкан. – К. : Текст, 2003. – 600 с.

Анотація

***Торбєєв М.О.* Стан дослідження проблем кримінально-правової та криминологічної характеристики запобігання злочинам проти радіаційної безпеки в сучасному кримінальному праві України та криминології. – Стаття.**

У статті досліджуються проблеми розкриття суті кримінально-правової та криминологічної характеристики запобігання злочинам проти радіаційної безпеки, здійснюється аналіз вивчення поняття радіаційної безпеки через призму дослідження самого поняття безпеки в площині радіаційних злочинних впливів. У статті вказується на те, що в сучасному кримінальному праві України та криминології відсутні єдиний підхід до визначення суті радіаційної безпеки, радіаційної злочинності.

Ключові слова: безпека, радіаційна безпека, радіаційна злочинність, злочини у сфері радіаційної безпеки.

Аннотация

***Торбеев Н.А.* Состояние исследования проблем уголовно-правовой и криминологической характеристики предупреждения преступлений против радиационной безопасности в современном уголовном праве Украины и криминологии. – Статья.**

В статье исследуются проблемы раскрытия сущности уголовно-правовой и криминологической характеристики предупреждения преступлений против радиационной безопасности, осуществляется анализ исследования понятия радиационной безопасности через призму исследования самого понятия безопасности в плоскости радиационных преступных влияний. В статье указывается на то, что в современном уголовном праве Украины и криминологии отсутствует единый подход к определению сути радиационной безопасности, радиационной преступности.

Ключевые слова: безопасность, радиационная безопасность, радиационная преступность, преступления в сфере радиационной безопасности.

Summary

***Torbeyev M.O.* The State of Research of Criminal and Criminology Description of Prevention of Crimes Against Radiation Safety in the Modern Criminal Law of Ukraine and Criminology. – Article.**

In the article problems of disclosure of essence of the legal and criminological characteristic of prevention to crimes against radiation safety are investigated, the analysis of research of concept of radiation safety through a prism of research of the concept of safety of the plane of radiation criminal influences is carried out. It is specified in article that in modern criminal law of Ukraine and criminology there is no unified approach to definition of the essence of radiation safety, radiation crime.

Key words: safety, radiation safety, radiation crime, crimes in the sphere of radiation safety.



КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.13

І.І. Войтович

кандидат юридичних наук,
суддя Херсонського окружного
адміністративного суду

ПОРЯДОК ПОДАННЯ КЛОПОТАННЯ ПРО АРЕШТ МАЙНА, ЙОГО РОЗГЛЯДУ І ВИРІШЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ, СУДОМ

Постановка проблеми. Одним із заходів забезпечення кримінального провадження є арешт майна, який полягає у тимчасовому позбавленні підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, можливості відчужувати певне його майно за ухвалою слідчого судді або суду до скасування арешту майна у встановленому кримінальним процесуальним законом порядку, а також може передбачати заборону для особи, на майно якої накладено арешт, іншої особи, у володінні якої перебуває майно, розпоряджатися будь-яким чином таким майном та використовувати його (ч. 1 ст. 170 КПК України). Виходячи з необхідності забезпечення дієвості арешту майна, законодавець закріплює у нормах кримінального процесуального закону порядок застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження, у структурі якого доцільно виділити три етапи: 1) подання клопотання про арешт майна; 2) розгляд і вирішення цього клопотання слідчим суддею, судом; 3) виконання ухвали про арешт майна.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню теоретичних і практичних проблем застосування арешту майна як заходу

забезпечення кримінального провадження присвячена значна увага як вітчизняних, так і зарубіжних науковців. Так, вказані питання розглядають у своїх працях О. Бондаренко, О. Верхогляд-Герасименко, Р. Герасимов, Ю. Мірошниченко, М. Омеляненко та інші вчені. Проте, порядок подання клопотання про арешт майна, його розгляду і вирішення слідчим суддею, судом розглядаються в юридичній літературі недостатньо повно.

Метою даної статті є дослідження порядку подання клопотання про арешт майна, його розгляду і вирішення слідчим суддею, судом.

Виклад основного матеріалу. Арешт майна може бути застосований слідчим суддею, судом виключно на підставі відповідного клопотання, яке, виходячи зі змісту норми ч. 1 ст. 171 КПК України, подається прокурором, слідчим за погодженням з прокурором, а з метою забезпечення цивільного позову – також цивільним позивачем. Аналіз норми ч. 1 ст. 171 КПК України дозволяє стверджувати, що законодавець визначає коло учасників кримінального провадження, які вправі подати слідчому судді, суду клопотання про арешт майна, виходячи з мети застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження. Так, у разі, якщо метою арешту майна виступає забезпечення можливої конфіскації майна, клопотання про його застосування вправі подати прокурор, слідчий за погодженням з прокурором, а у разі, якщо метою цього заходу є забезпечення цивільного позову, клопотання може бути подане прокурором, слідчим за погодженням з прокурором, цивільним позивачем.

Норми ч. ч. 2 і 3 ст. 171 КПК України закріплюють лише вимоги до змісту мотивувальної частини клопотання про арешт майна. Вченими обґрунтовано вказується на доцільність виділення у структурі клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження трьох частин: вступної, мотивувальної та заключної [1, с.270; 2, с.394; 3, с.255]. У повному обсязі така позиція стосується й клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про арешт майна.

У вступній частині клопотання про арешт майна підлягають вказанню: 1) назва місцевого суду, до якого воно подається; 2) назва клопотання; 3) найменування кримінального провадження та його

реєстраційний номер; 4) відомості про особу, щодо накладення арешту на майно якої подається клопотання (підозрюваного, обвинуваченого, особу, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння) – її прізвище, ім'я, по батькові та місце проживання.

Зміст мотивувальної частини клопотання про арешт майна нормами ч. ч. 2 і 3 ст. 171 КПК України диференціюється залежно від мети застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження.

Так, у мотивувальній частині клопотання слідчого, прокурора про арешт майна, яке подається з метою забезпечення можливої конфіскації майна, повинно бути зазначено: 1) підстави, у зв'язку з якими потрібно здійснити арешт майна; 2) перелік і види майна, що належить арештувати; 3) документи, що підтверджують право власності на майно, що належить арештувати. Разом з тим, як відзначається у п. 19 Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» від 05.04.2013 р. № 223-558/0/4-13, під час розгляду відповідних клопотань слідчим суддям необхідно враховувати, що такі документи не можуть бути зазначені у клопотанні та надані щодо майна, право власності на яке неможливо підтвердити документально (наприклад, на майно, вилучене з обігу; рухоме майно, що не підлягає державній реєстрації і документи щодо якого відсутні, тощо), а також щодо майна, яке підлягає державній реєстрації, проте всупереч вимогам закону не було зареєстровано. Водночас, відповідну неможливість має бути обґрунтовано у клопотанні, про неї має бути зазначено і в ухвалі. Документи, що підтверджують право власності на майно, право власності на яке підлягає державній реєстрації і яке було фактично зареєстровано, або копії цих документів, мають зазначатися в клопотанні та обов'язково додаватися до клопотання (наприклад, інформаційна довідка з Державного реєстру прав на нерухоме майно тощо) [4].

У мотивувальній частині клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про арешт майна підозрюваного, обвинуваченого, іншої особи для забезпечення цивільного позову повинно бути зазначено: 1) розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; 2) докази факту завдання шкоди і розміру цієї шкоди. При визначенні вартості майна, яке належить арештувати з метою забезпечення цивільного позову, потрібно враховувати, що виходячи з норми ч. 4 ст. 171 КПК України, вона повинна бути співмірною із розміром шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

У заключній частині клопотання про арешт майна вказуються: 1) прохання слідчого, прокурора, цивільного позивача про застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження; 2) прізвище, ім'я, по батькові та місце проживання особи, щодо накладення арешту на майно якої подається клопотання; 3) перелік і види майна, яке належить арештувати; 4) прізвище, ім'я, по батькові та посада слідчого, прокурора, прізвище, ім'я та по батькові цивільного позивача, який подає клопотання, та його підпис; 5) дата та місце складення клопотання.

При цьому ч. ч. 3 і 5 ст. 171 КПК України покладають на слідчого, прокурора додаткові обов'язки: 1) додати оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими він обґрунтовує доводи клопотання; 2) подати клопотання про арешт тимчасово вилученого майна не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, у якої його було вилучено.

Недодержання вимог ст. 171 КПК України призводить до повернення на підставі ухвали слідчого судді, суду, постановленої у порядку ч. 1 ст. 172 КПК України, клопотання про арешт майна прокурору, цивільному позивачу. Так, ч. 3 ст. 172 КПК України передбачає, що слідчий суддя, суд, встановивши, що клопотання про арешт майна подано без додержання вимог ст. 171 КПК України, повертає його прокурору, цивільному позивачу для усунення недоліків, про що постановляє ухвалу. Як свідчать результати дослідження судової практики, повертаючи клопотання про арешт майна, складені з недодержанням ст. 171 КПК України, слідчі судді, суди у мотивувальній частині ухвали чітко вказують на допущені слідчими,

прокурорами, цивільними позивачами порушення вимог кримінального процесуального закону щодо його оформлення. Наприклад, Коростенський міськрайонний суд Житомирської області в ухвалі від 18.11.2013 р. у справі № 279/8023/13-к (кримінальне провадження № 1-кс/279/539/13) вказав, що з огляду на подане клопотання про арешт майна вбачається, що останнє подано без дотримання вимог ст. 171 КПК України, зокрема у ньому: не зазначено перелік майна, що належить арештувати, що унеможлиблює визначення конкретного переліку майна, що належить заарештувати, не надано і не зазначено документи, які підтверджують право власності на майно, що належить арештувати та унеможлиблює визначення правової підстави для арешту. До клопотання не долучено жодного документу, яким слідчий обґрунтовує свої доводи. Враховуючи вищевикладене та керуючись ст. ст. 170 – 172 КПК України, суд ухвалив повернути клопотання старшого слідчого управління УМВС України в Житомирській області ОСОБА_1 про арешт майна прокурору м. Коростеня Житомирської області для усунення зазначених недоліків [5].

За загальним правилом, визначеним ч. 1 ст. 172 КПК України, клопотання про арешт майна розглядається слідчим суддею, судом не пізніше двох днів з дня його надходження до суду, за участю слідчого та/або прокурора, цивільного позивача, якщо клопотання подано ним, підозрюваного, обвинуваченого, іншого власника майна, і за наявності – також захисника, законного представника. Неприбуття цих осіб у судові засідання не перешкоджає розгляду клопотання. Водночас, з норми ч. 2 ст. 172 КПК України випливає обмеження щодо інформування підозрюваного, обвинуваченого, іншого власника майна, їх захисника, представника чи законного представника про розгляд клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про арешт майна, яке не було тимчасово вилучене, – таке клопотання може розглядатися без їх повідомлення, якщо це є необхідним з метою забезпечення арешту майна.

Під час розгляду клопотання про арешт майна слідчий суддя має право за клопотанням учасників розгляду або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають

значення для вирішення питання про арешт майна (ч. 4 ст. 172 КПК України). Коментуючи наведену норму кримінального процесуального закону, вчені вказують, що «аналогічні права має і суд, адже мета застосування цього заходу, процедура ініціації та підстави вирішення питання про арешт майна є однаковими. ... При цьому слідчий суддя, суд не обмежені волевиявленням сторін, а можуть здійснити ці дії за власною ініціативою» [6, с. 375]. Необхідно погодитися позицією О.В. Верхогляд-Герасименко, яка відзначає, що у даному випадку активність суду є повністю виправданою, оскільки створює необхідні умови для забезпечення законності обмеження прав особи, залученої до сфери кримінального провадження [7, с. 74].

Виходячи зі змісту норм ч. ч. 1 і 3 ст. 173 КПК України, за результатами розгляду клопотання про арешт майна слідчий суддя, суд вправі постановляє ухвалу, якою: 1) повністю або частково задовольняє клопотання про арешт майна; 2) відмовляє у задоволенні клопотання про арешт майна.

При вирішенні питання про арешт майна слідчий суддя, суд, відповідно до ч. 2 ст. 173 КПК України, повинен враховувати: 1) правову підставу для арешту майна; 2) достатність доказів, що вказують на вчинення особою кримінального правопорушення; 3) розмір можливої конфіскації майна, можливий розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та цивільного позову; 4) наслідки арешту майна для інших осіб; 5) розумність та співрозмірність обмеження права власності завданням кримінального провадження.

У разі задоволення клопотання слідчий суддя, суд на підставі ч. 5 ст. 173 КПК України постановляє ухвалу, в якій зазначає: 1) перелік майна, яке підлягає арешту; 2) підстави застосування арешту майна; 3) перелік тимчасово вилученого майна, яке підлягає поверненню особі; 4) заборону розпоряджатися або користуватися майном у разі її передбачення та вказівку на таке майно; 5) порядок виконання ухвали. Як вказується в юридичній літературі, «у разі задоволення клопотання слідчий суддя, суд в ухвалі зазначає заборону відчужувати, розпоряджатися або користуватися та вказівку на таке майно» [8, с. 442].

Дослідження судової практики свідчить про те, що суди не завжди

дотримуються вимог ч. 5 ст. 173 КПК України, не наводячи в ухвалі перелік майна, яке підлягає арешту. Так, ухвалою Тульчинського районного суду Вінницької області від 02.04.2014 р. у справі № 148/325/14-к накладено арешт на майно, яке перебуває у власності, ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_1, проживаючої АДРЕСА_1 [9]. Аналогічне судове рішення постановлене Ямпільським районним судом Сумської області, який ухвалою від 11.06.2014 р. у справі № 590/621/14-к (кримінальне провадження № 1-кп/590/31/14) задовольнив клопотання потерпілої ОСОБА_4 та її представника ОСОБА_1 про арешт майна, наклавши арешт на все майно ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_1, зареєстрованого та проживаючого за адресою: АДРЕСА_1 [10]. Проте, така практика не лише не відповідає вимогам норм кримінального процесуального закону, але й може призвести до надмірного обмеження права власності особи на майно.

Задовольнивши клопотання про арешт майна, слідчий суддя, суд, виходячи зі змісту норми ч. 4 ст. 173 КПК України, зобов'язаний застосувати: 1) найменш обтяжливий спосіб арешту майна; 2) такий спосіб арешту майна, який не призведе до зупинення або надмірного обмеження правомірної підприємницької діяльності особи, або інших наслідків, які суттєво позначаються на інтересах інших осіб.

Підстави і наслідки відмови у задоволенні клопотання про арешт майна, а також його часткового задоволення передбачені нормами ч. ч. 1 і 3 ст. 173 КПК України, відповідно до яких: 1) слідчий суддя, суд відмовляють у задоволенні клопотання про арешт майна, якщо особа, що його подала, не доведе необхідність такого арешту; 2) відмова у задоволенні або часткове задоволення клопотання про арешт майна тягне за собою негайне повернення особі відповідно всього або частини тимчасово вилученого майна.

Як передбачає ч. 7 ст. 173 КПК України, копія ухвали надсилається слідчому, прокурору, підозрюваному, обвинуваченому, іншим заінтересованим особам не пізніше наступного робочого дня після її постановлення. Як вказується в юридичній літературі, до інших заінтересованих осіб, залежно від обставин кримінального провадження,

можуть належати особи, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння; особи, у яких фактично перебуває майно, на яке накладено арешт; залежно від виду цього майна, на яке накладено арешт – Державне підприємство «Інформаційний центр» Міністерства юстиції України; Державна автомобільна інспекція МВС України; банківські установи; депозитарій; Державна реєстраційна служба України тощо [6, с. 377].

Висновки. Арешт майна підлягає застосуванню слідчим суддею, судом на підставі клопотання прокурора, слідчого за погодженням з прокурором, цивільного позивача, яке за своєю правовою природою є процесуальним актом, що містить їх офіційне звернення щодо застосування даного заходу забезпечення кримінального провадження і виступає юридичною підставою для постановлення слідчим суддею відповідної ухвали. У структурі клопотання слідчого, прокурора, цивільного позивача про накладення грошового стягнення необхідно виділяти три частини: вступну, мотивувальну та заключну. Закріплені нормами ч. ч. 2 і 3 ст. 171 КПК України вимоги до змісту мотивувальної частини клопотання про арешт майна носять імперативний характер, у зв'язку з чим їх недодержання призводить до повернення на підставі ухвали слідчого судді, суду, постановленої у порядку ч. 1 ст. 172 КПК України, клопотання про арешт майна прокурору, цивільному позивачу для усунення недоліків.

За результатами розгляду клопотання про арешт майна слідчий суддя, суд вправі постановляє ухвалу, якою: 1) повністю або частково задовольняє клопотання про арешт майна; 2) відмовляє у задоволенні клопотання про арешт майна. При цьому у разі задоволення клопотання слідчий суддя, суд повинен навести підстави застосування арешту майна і чітко визначити перелік майна, яке підлягає арешту, у зв'язку з чим необґрунтованою є практика судів, які накладають арешт на все майно обвинуваченого або особи, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. У разі часткового задоволення клопотання про арешт майна вказаним особам

негайно повертається частина тимчасово вилученого майна, на яку не накладено арешт, а у разі відмови у задоволенні такого клопотання – все тимчасово вилучене майно.

Література

1. Кримінальний процес: Підручник / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.]; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824 с.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.]; За заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х.: Право, 2012. – 768 с.

3. Ковальчук С.О. Клопотання слідчого, прокурора про накладення грошового стягнення: правова природа, структура, вимоги до змісту та порядок складання / С.О. Ковальчук // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». – 2014. – Вип. № 3. – С. 252-262.

4. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13>.

5. Ухвала Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 18.11.2013 р. у справі № 279/8023/13-к (кримінальне провадження № 1-кк/279/539/13) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35487690>.

6. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / [Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко]. – Х.: Одиссей, 2013. – 1104 с.

7. Верхогляд-Герасименко О.В. Забезпечення майнових прав особи при застосуванні заходів кримінально-процесуального примусу: Монографія / О.В. Верхогляд-Герасименко. – Х.: Юрайт, 2012. – 216 с.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.; [За заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова]. – Х.: Право, 2012. – 768 с.

9. Ухвала Тульчинського районного суду Вінницької області від 02.04.2014 р. у справі № 148/325/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37997974>.

10. Ухвала Ямпільського районного суду Сумської області від 11.06.2014 р. у справі № 590/621/14-к (кримінальне провадження № 1-кп/590/31/14) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39171516>.

Анотація

Войтович І.І. Порядок подання клопотання про арешт майна, його розгляду і вирішення слідчим суддею, судом. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню порядку подання, розгляду та вирішення клопотання про арешт майна. На основі результатів аналізу норм кримінального процесуального закону і теоретичних положень досліджується структура вказаного клопотання і вимоги до його змісту. З урахуванням судової практики досліджується коло рішень, які можуть бути прийняті за результатами розгляду та вирішення клопотання про арешт майна.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, арешт майна, клопотання про арешт майна.

Аннотация

Войтович И.И. Порядок представления ходатайства об аресте имущества, его рассмотрения и разрешения следственным судьей, судом. – Статья.

Статья посвящена исследованию порядка представления, рассмотрения и разрешения ходатайства об аресте имущества. На основании результатов анализа норм уголовного процессуального закона и теоретических положений исследуется структура указанного ходатайства и требования к его содержанию. С учетом судебной практики исследуется круг решений, которые могут быть приняты по результатам рассмотрения и разрешения ходатайства об аресте имущества.

Ключевые слова: меры обеспечения уголовного производства, арест имущества, ходатайство об аресте имущества.

Summary

Voytovych I.I. The Procedure for Filing a Petition about Distrain, its Consideration and Resolution by the Investigating Judge, Court. – Article.

The article is dedicated to the consideration of procedure for filing, consideration and resolution of a petition about distrain. Based on the analysis of rules of the criminal procedural law and theoretical positions the structure of specified petition and the requirements for its content were studied. Considering to judicial practice the range of solutions, that can be taken by the results of consideration and resolution of a petition about distrain investigated.

Key words: measures of providing of criminal proceedings, distrain, petition about distrain.



УДК 343.98

Б.М. Дердюк

кандидат юридичних наук,
старший викладач
кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету «Одеська юридична
академія»

ПОНЯТТЯ ТА ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ КЛАСИФІКАЦІЇ КОМП'ЮТЕРНИХ ЗЛОЧИНІВ

Пошуки шляхів підвищення ефективності боротьби зі злочинами, що вчиняються у сфері використання комп'ютерних технологій, ведуться в різних напрямках. Один з них – наукова розробка проблеми. Інтерес учених до цих питань останнім часом зріс. Більш детальне вивчення комп'ютерної злочинності (КЗ) виявляє ряд аспектів цієї проблеми, які найважче піддаються дослідженню. Як правило, вони знаходяться в так званих суміжних галузях науки, на стикові різних наукових дисциплін. Для визначення генезису та механізму розвитку феномена КЗ немаловажне значення має аналіз поняття та видів комп'ютерних злочинів.

Значний вклад у вивчення, розслідування та протидії цим злочинам зробили такі провідні науковці: Т. В. Авер'янова, Б. В. Андрєєв, Ю. М. Батурін, Р. С. Белкін, П. Д. Біленчук, О. А. Баранов, М. С. Вертузаєв, Т. В. Варфоломєєва, О. Г. Волеводз, В. О. Голубєв, В. Г. Гончаренко, М. В. Гуцалюк та ін.

Однак комплексна розробка даної проблематики в криміналістичній науці не проводилася. Існує ще багато питань, які потребують більш детального та комплексного вирішення.

Мета нашого дослідження полягає в тому, щоб з огляду на сучасні потреби практики розслідування комп'ютерних злочинів, на основі криміналістичних знань дати кримінально-правову та криміналістичну характеристику поняття та теоретичних основ криміналістичної класифікації комп'ютерних злочинів.

Завдання нашого дослідження полягає у проведенні комплексного аналізу особливостей поняття та теоретичних основ криміналістичної класифікації комп'ютерних злочинів.

Протягом 1990–1997 років науковцями вивчались проблеми, пов'язані з бурхливим розвитком феномена, відомого в усьому світі під назвою «комп'ютерна злочинність». На сьогоднішній день це поняття включає всі протизаконні дії, при яких електронне опрацювання інформації було знаряддям їх учинення або їх об'єктом. Таким чином, у це коло проблем потрапили не лише злочини, безпосередньо пов'язані з комп'ютерами, але й такі як шахрайство з магнітними кредитними картками, злочини у галузі телекомунікацій (шахрайство з оплатою міжнародних телефонних переговорів), незаконне використання банківської мережі електронних платежів, програмне «піратство», шахрайство з використанням ігрових автоматів та багато інших злочинів [1, с. 29].

В науковій літературі виділяють характерні риси комп'ютерної злочинності:

- 1) має міжнародний характер злочину (виходить за рамки кордону однієї держави);
- 2) труднощі у визначенні «місцезнаходження злочину»;
- 3) слабкість зв'язку між ланками в системі доказів;
- 4) неможливість спостерігати і фіксувати докази візуально;
- 5) широке використання злочинцями засобів шифрованої інформації [2, с. 4].

У нашій країні комп'ютерна злочинність – поняття досить маловідоме і маловивчене. Але світовій практиці (кримінальній статистиці) це явище знайоме вже близько 50 років. Практично із застосуванням комп'ютерної техніки в різних сферах діяльності людини з'явилась фальсифікація даних, які вводились в ЕОМ. За даними

американського криміналіста О.Б. Паркера злочинність, «пов'язана з системою електронної обробки даних, виникла одночасно з появою комп'ютерної техніки близько 1940 року». Поки що не має єдиної згоди у визначенні цього нового міжнародного явища, назва якого – комп'ютерна злочинність [3, с. 31].

У системі кримінальної поліції ФРН за декілька останніх років було запропоновано ряд кримінально-правових визначень комп'ютерної злочинності.

Наприклад, деякі фахівці вважають, що комп'ютерні злочини – це всі злочинні дії, при яких комп'ютер є знаряддям, засобом чи метою їх здійснення [3, с. 31].

Друге визначення об'єднує під цим терміном всі протизаконні дії, які завдають збитки майну і пов'язані з електронним опрацюванням даних [4, с. 12].

Третє визначення комп'ютерної злочинності окреслює три основні види протизаконних дій: 1) комп'ютерні майнові злочини (наприклад, комп'ютерне шахрайство, саботаж, промисловий шпіонаж); 2) комп'ютерні злочини проти прав особи; 3) правопорушення проти громадських і суспільних правових цінностей (наприклад, проти національної безпеки) [5, с. 18].

Таким чином, під комп'ютерною злочинністю слід розуміти суспільно небезпечну діяльність чи бездіяльність, яка здійснюється з використанням сучасних інформаційних технологій і засобів комп'ютерної техніки з метою спричинити збитки майновим або суспільним інтересам держави, підприємствам, відомствам, організаціям, кооперативам і громадянам, а також правам окремої особи.

Сформульоване визначення комп'ютерної злочинності дозволяє зробити висновок, що це складне нове явище в кримінально-правовій практиці, яке потребує більш досконалого спеціального і систематичного вивчення.

Комп'ютерні злочини – це якісно новий вид злочинності в нашій країні, їх діапазон у світовій практиці надзвичайно широкий. Практично навіть злочинці дилетанти, як і досвідчені злочинці, сьогодні можуть

проникати в різноманітні комп'ютерні системи і автоматизовані банки даних. Цей вид суспільно небезпечного діяння поки що залишається недостатньо вивченим. Тому попереду велика науково-дослідна робота з вивчення цього явища і розробка на цьому ґрунті відповідних законодавчих положень.

Неважко прогнозувати подальше зростання залежності життєдіяльності національної інфраструктури від процесів інформатизації та входження України в єдиний інформаційний простір, поширення криміногенних процесів, пов'язаних з протиправним використанням комп'ютерних технологій або так званими «кіберзлочинами».

Кіберзлочинність (cyber crime) – це явище міжнародного значення, рівень якого знаходиться у прямій залежності від рівня розвитку та впровадження сучасних комп'ютерних технологій, Україні несе за собою мереж та доступу до них. Таким чином, стрімкий розвиток інформатизації в Україні дає можливість використовувати комп'ютерні технології з корисливих та інших мотивів, що певною мірою ставить під загрозу інформаційну безпеку держави.

Згідно з даними щорічного дослідження проблем КЗ, які проводяться Інститутом комп'ютерної безпеки США (Computer Security Institute), сукупний збиток злочинів у сфері використання комп'ютерних технологій за 5 років, з 2005 р. по 2011 р., становить уже більше ніж 1 млрд. дол. США [6, с. 14]. Відповідно до статистичних даних ГУБОЗ Міністерства внутрішніх справ України, на вересень 2011 р. в Україні було порушено 18 кримінальних справ, матеріальний збиток лише по одній з них становить 249 млн. грн. [4, с. 12].

Розділ XVI Кримінального кодексу України «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку» містить ряд норм, які передбачають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів у сфері використання комп'ютерних технологій. До них, зокрема, належить ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку», ст. 361-1 «Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а

також їх розповсюдження або збут», ст. 361-2 «Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації», ст. 361-3 «Несанкціоноване втручання в роботу державних електронних інформаційних ресурсів або інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних систем, критичних об'єктів національної інформаційної інфраструктури», ст. 361-4 «Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, що оброблюється в державних електронних інформаційних ресурсах», ст. 362 «Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї», ст. 362-1 «Несанкціоновані дії з інформацією, що оброблюється в державних електронних інформаційних ресурсах або інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних системах критичних об'єктів національної інформаційної інфраструктури, вчинені особою, яка має право доступу до такої інформації», ст. 363 «Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється», ст. 363-1 «Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку».

Застосування цих спеціальних норм при кваліфікації комп'ютерних злочинів виконує не тільки кримінально-правову функцію, але й здійснює ряд кримінологічних та криміналістичних функцій, у тому числі – забезпечення об'єктивності кримінальної статистики, наукових досліджень, формування емпіричної бази для напрацювання методик виявлення та розкриття злочинів, їх профілактики тощо.

Ефективність боротьби зі злочинами у сфері використання

комп'ютерних систем значною мірою визначається розумінням криміналістичної сутності окремих видів цього злочинного посягання, що зумовлює необхідність їх наукової класифікації.

Більшість фахівців поділяють комп'ютерні злочини на два типи:

1) злочини, в яких об'єктом їх здійснення є ЕОМ: знешкодження або заміна даних, програмного забезпечення та обладнання; розкрадання вхідних, вихідних даних, програмного забезпечення та обладнання; економічне шпигунство та розголошення відомостей, які складають державну чи комерційну таємницю (придбання протиправними засобами або відкриття, переміщення чи використання торгової, комерційної, промислової таємниці без дозволу або інших законних підстав з метою нанесення економічної шкоди особою, яка допущена до таємниці, або одержання протизаконної економічної переваги для інших осіб); інші злочинні діяння цього виду.

2) протизаконні акції, для здійснення яких ЕОМ використовується як знаряддя в досягненні злочинної мети: комп'ютерний саботаж (стирання, приведення у непридатний стан або фальсифікація інформації, інформації, пошкодження засобів інформаційної техніки шляхом втручання до комп'ютерних мереж з метою перешкоджання функціонуванню комп'ютерів чи телекомунікаційних систем); вимагання та шантаж; розтрата; розкрадання коштів; обман споживачів, інвесторів чи користувачів; інші злочини [6, с. 26; 2, с. 4; 3, с. 31; 5, с. 19].

Досить значний досвід криміналістичної класифікації злочинів у сфері комп'ютерної інформації накопичений у ведучих промислово розвинутих державах світу, що вилився в появу так званих «Мінімального списку порушень» і «Необов'язкового списку порушень», розроблених державами-учасниками Європейського співтовариства й офіційно оформлених як «Керівництво Інтерполу по комп'ютерній злочинності» [7, с. 16].

«Мінімальний список порушень» містить вісім основних видів комп'ютерних злочинів: комп'ютерне шахрайство, підробка комп'ютерної інформації, ушкодження даних ЕОМ або програм ЕОМ, комп'ютерний саботаж, несанкціонований доступ, несанкціоноване перехоплення даних, несанкціоноване використання захищених

комп'ютерних програм, несанкціоноване відтворення схем.

«Необов'язковий список» містить у собі чотири види комп'ютерних злочинів: зміна даних ЕОМ або програм ЕОМ, комп'ютерне шпигунство, несанкціоноване використання ЕОМ, несанкціоноване використання захищеної програми ЕОМ.

Однією з найбільш розповсюджених існуючих класифікацій злочинів у сфері комп'ютерної інформації є кодифікатор робочої групи Інтерполу, що був покладений в основу автоматизованої інформаційно-пошукової системи, створеної на початку 90-х рр. Відповідно до названого кодифікатора всі комп'ютерні злочини мають таку класифікацію [3, с. 16]:

Несанкціонований доступ і перехоплення: 1) комп'ютерний абордаж; 2) перехоплення; 3) крадіжка часу; 4) інші види несанкціонованого доступу і перехоплення.

Зміна комп'ютерних даних: 1) логічна бомба; 2) троянський кінь; 3) комп'ютерний вірус; 4) комп'ютерний черв'як; 5) інші види зміни даних.

Комп'ютерне шахрайство: 1) шахрайство з банкоматами; 2) комп'ютерна підробка; 3) шахрайство з ігровими автоматами; 4) маніпуляції з програмами вводу-виводу; 5) шахрайства з платіжними коштами; 6) телефонне шахрайство; 7) інші комп'ютерні шахрайства.

Незаконне копіювання: 1) комп'ютерні ігри; 2) інше програмне забезпечення; 3) топологія напівпровідникових пристроїв; 4) інше незаконне копіювання.

Комп'ютерний саботаж: 1) з апаратним забезпеченням; 2) з програмним забезпеченням; 3) інші види саботажу.

Інші комп'ютерні злочини: 1) з використанням комп'ютерних табло оголошень; 2) розкрадання інформації, що складає комерційну таємницю; 3) передача інформації, що підлягає судовому розглядові; 4) інші комп'ютерні злочини.

Виходячи з цієї класифікації можна зрозуміти обґрунтовану позицію багатьох криміналістів, про те, що криміналістична класифікація є основою побудови не тільки криміналістичної характеристики, але і системи криміналістичних методик розслідування злочинів [8, 38].

Виходячи з усього викладеного, криміналістична класифікація комп'ютерних злочинів має такий вигляд:

1) знищення (руйнування) інформації;

2) неправомірне заволодіння інформацією чи порушення права її використання: а) неправомірне заволодіння інформацією як сукупністю відомостей, документів – порушення права володіння; б) неправомірне заволодіння інформацією як алгоритмом (методом перетворення); в) неправомірне заволодіння інформацією як товаром;

3) дія або бездіяльність щодо створення (генерації) інформації з заданими властивостями: а) поширення по телекомунікаційних каналах інформаційно-обчислювальних мереж інформації, що наносить збиток абонентам; б) розробка і поширення комп'ютерних вірусів і інших шкідливих програм для ЕОМ;

4) неправомірна модифікація інформації: а) неправомірна модифікація інформації як сукупності фактів, відомостей; б) неправомірна модифікація інформації як алгоритму; в) неправомірна модифікація інформації як товару з метою скористатися її корисними властивостями.

Розглянутий підхід до побудови класифікації злочинів допомагає більш чітко зрозуміти механізм вчинення комп'ютерних злочинів, а також буде відображати винятково криміналістичні особливості, тому що в його основі лежать особливості здійснення злочинних дій, механізм слідоутворення, тобто усе те, що визначає напрями розслідування комп'ютерних злочинів.

Література

1. Біленчук П. Д. Комп'ютерна злочинність. Навч. посіб. / П. Д. Біленчук. – К.: Атіка, 2012. – 240 с.
2. Голубєв В. Комп'ютерна злочинність / В. Голубєв // Юридичний вісник України. – 2012. – № 6 (9). – С. 1-4.
3. Комп'ютерна злочинність: Навчальний посібник / П. Д. Біленчук, Б. В. Романюк, В. С. Цимбалюк та ін. – К.: Атіка, 2012. – 240 с.
4. Селюк А. В. Розслідування комп'ютерних злочинів. Наук.-метод. посіб. / А. В. Селюк. – К.: Вид-во НА СБУ, 2010. – 124 с.
5. Тищенко Є. Ф. Розслідування комп'ютерних злочинів. Наук.-метод. посіб. / Є. Ф. Тищенко. – К.: Вид-во НА СБУ, 2010. – 124 с.

6. Баранов О. Цифрове законодавство / О. Баранов // Дзеркало тижня. – 2012. – № 20. – 7 черв. – С. 12-17.

7. Колесник В. А. Розслідування комп'ютерних злочинів. Наук.-метод. посіб. / В. А. Колесник. – К.: Вид-во НА СБУ, 2012. – 124 с.

8. Баулін О. В. Спрощене досудове провадження в Україні: історія, сучасність, перспективи: Навч. посіб. / О. В. Баулін, Н. С. Карпов, О. І. Поповченко, Д. О. Савицький. – К., 2008. – 151 с.

Анотація

Дердюк Б.М. Поняття та теоретичні основи криміналістичної класифікації комп'ютерних злочинів. – Стаття.

У статті розглядаються питання визначення поняття та теоретичних основ криміналістичної класифікації комп'ютерних злочинів. Автором визначено, що комп'ютерні злочини – це якісно новий вид злочинності в нашій країні, їх діапазон у світовій практиці надзвичайно широкий.

Ефективність боротьби зі злочинами у сфері використання комп'ютерних систем значною мірою визначається розумінням криміналістичної сутності окремих видів цього злочинного посягання, що зумовлює необхідність їх наукової класифікації.

Ключові слова: комп'ютерні злочини, кіберзлочинність, комп'ютерна інформація, комп'ютерні технології, комп'ютер.

Аннотация

Дердюк Б.М. Понятие и теоретические основы криминалистической классификации компьютерных преступлений. – Статья.

В статье рассматриваются вопросы определения понятия и теоретических основ криминалистической классификации компьютерных преступлений. Автором определено, что компьютерные преступления – это качественно новый вид преступности в нашей стране, их диапазон в мировой практике неимоверно широк.

Эффективность борьбы с преступлениями в сфере использования компьютерных систем в наибольшей степени определяется пониманием криминалистической сущности отдельных видов этого преступного посягательства, что обуславливает необходимость их научной классификации.

Ключевые слова: компьютерные преступления, киберпреступность, компьютерная информация, компьютерные технологии, компьютер.

Summary

Derdyuk B.M. The Notion and Theoretical Basis of Forensic Classification of Computer Crimes. – Article.

This article studies issues concerning the definition of the notion and theoretical basis of forensic classification of computer crimes. The author defines computer crimes to be qualitatively a new type of crime in our country, their range in the world practice is extremely wide.

The effectiveness of combating crimes in the sphere of the use of computer systems is largely determined by understanding of forensic essence of certain types of this crime, which makes it necessary to provide their scientific classification.

Keywords: computer crime, cybercrime, computer information, computer technology, computer.



УДК 343.112

Н.С. Кисляк

здобувач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Прикарпатського юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЙ СУДУ З ПЕРЕВІРКИ ЯВКИ УЧАСНИКІВ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Як вбачається зі змісту ч. 2 ст. 342 КПК України секретар судового засідання доповідає суду, хто з учасників судового провадження, викликаних та повідомлених осіб прибув у судове засідання, встановлює їх особи, перевіряє повноваження захисників і представників, з'ясовує, чи вручено судові виклики та повідомлення тим, хто не прибув, і повідомляє причини їх неприбуття, якщо вони відомі [1].

Неухильне дотримання вимог кримінального процесуального закону щодо проведення зазначених дій на початку підготовчої частини судового розгляду має важливе значення для провадження наступних його етапів, захисту прав та законних інтересів його учасників.

Разом з тим з огляду на значне число осіб, які можуть залучатись до здійснення судового розгляду, у статтях КПК України, присвячених проведенню підготовчих дій, неможливо передбачити вичерпний перелік заходів, спрямованих на встановлення кожного з учасників. Вирішення цього питання значною мірою належить до завдань кримінально-процесуальної науки та судової практики.

Стан дослідження. Окремі аспекти зазначених вище дій суду у підготовчій частині судового засідання досліджувались у роботах Л.В. Винокурової, А.Я. Груна, Т.Г. Дудукіної, А.Я. Паліашвілі, І.Д. Перлова, І.Л. Петрухіна, В.О. Попелюшка та ін.

Разом з тим, невирішеними у юридичній літературі залишаються питання участі в судовому засіданні захисника, перекладача, свідків та експертів, а також наслідки їх неприбуття з тих чи інших причин. Недостатньо врегульованим порядок вчинення відповідних дій є й у чинному КПК України.

Враховуючи зазначене, **метою статті** є висвітлення теоретичних та практичних аспектів проведення у підготовчій частині дій зі встановлення учасників судового провадження, які були повідомлені та викликались у судове засідання.

Для досягнення вказаної мети вирішенню підлягають наступні завдання: 1) визначити порядок перевірки явки осіб, які представляють сторони кримінального провадження; 2) з'ясувати наслідки неприбуття у судове засідання потерпілого та цивільного позивача; 3) розкрити порядок вирішення питання про необхідність залучення перекладача, перевірки його компетентності та відкладення судового розгляду у випадку його неприбуття в судове засідання; 4) визначити порядок перевірки прибуття в судове засідання свідків, спеціалістів та експертів та причин їх відсутності; 5) встановити підстави та умови, необхідні для продовження судового розгляду у випадку неприбуття свідків, експертів чи спеціалістів.

Виклад основного матеріалу. Дії, передбачені ч. 2 ст. 342 КПК України, проводяться після відкриття судового засідання, однак секретар судового засідання зобов'язаний ще до початку судового засідання

перевірити, чи всі викликані в суд особи з'явилися у судові засідання, хто з тих осіб, які не з'явилися, отримали повістки, хто не отримав і з яких причин, чи доставлені підсудні, які перебувають під вартою.

Зі змісту ст. 319 КПК України випливає, що у випадку колегіального судового розгляду кримінального провадження судові засідання може бути відкрите лише за наявності усіх суддів. Головуючий не може, наприклад, вийти в зал судового засідання, оголосити судові засідання відкритим, повідомити, що не з'явився один із суддів, і оголосити перерву до його явки. У випадку неявки когось із суддів про затримання судового розгляду, приблизний час затримки необхідно повідомити усім учасникам [2, с. 205].

Суд повинен перевірити явку осіб, які представляють сторони кримінального провадження, а також інших учасників судового розгляду (свідків, перекладачів, експертів та ін.).

Зі ст.ст. 323 та 324 КПК України випливає, що участь прокурора та обвинуваченого у судовому розгляді є обов'язковою. Якщо у підготовчій частині судового розгляду з'ясується, що прокурор не з'явився, суд відкладає судовий розгляд, визначає дату, час та місце проведення нового засідання і вживає заходів до прибуття їх до суду. Одночасно, якщо причина неприбуття є неповажною, суд порушує питання про відповідальність прокурора, який не прибув, перед органом, що згідно із законом уповноважений притягати його до дисциплінарної відповідальності.

Якщо у підготовчій частині буде встановлена відсутність обвинуваченого, до якого не застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, суд відкладає судовий розгляд, призначає дату нового засідання і вживає заходів до забезпечення його прибуття до суду. Суд також має право постановити ухвалу про привід обвинуваченого та/або ухвалу про накладення на нього грошового стягнення.

Відповідно до ч. 3 ст. 323 КПК України судовий розгляд у кримінальному провадженні щодо злочинів, зазначених у частині другій статті 297-1 КПК України, може здійснюватися за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), крім неповнолітнього, який переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної

відповідальності (спеціальне судове провадження), якщо він перебуває поза межами України.

За наявності таких обставин за клопотанням прокурора, до якого додаються матеріали про те, що обвинувачений знав або повинен був знати про розпочате кримінальне провадження, суд постановляє ухвалу про здійснення спеціального судового провадження стосовно такого обвинуваченого.

Якщо у справі декілька обвинувачених, суд постановляє ухвалу лише стосовно тих обвинувачених, щодо яких існують обставини для спеціального судового провадження.

Зі змісту даної норми вбачається, що суд приймає рішення про здійснення судового розгляду за відсутності обвинуваченого у підготовчій частині судового розгляду після дослідження доказів, які підтверджують те, що обвинувачений: 1) обвинувачується у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109, 110, 110-2, 111, 112, 113, 114, 114-1, 115, 116, 118, частинами другою - п'ятою статті 191 (у випадку зловживання службовою особою своїм службовим становищем), статтями 209, 258, 258-1, 258-2, 258-3, 258-4, 258-5, 348, 364, 364-1, 365, 365-2, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370, 379, 400, 436, 436-1, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447 Кримінального кодексу України; 2) знав або повинен був знати про розпочате кримінальне провадження; 3) переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності; 4) перебуває поза межами України.

У випадках, коли чинний КПК України не допускає можливості здійснення судового розгляду у відсутності обвинуваченого, неявка у судове засідання обвинуваченого або виникнення сумнівів щодо його особи має наслідком відкладення розгляду справи та вжиття заходів щодо встановлення обставин, які перешкоджають явці його до суду.

Судовий розгляд кримінального провадження у відсутності обвинуваченого може відбуватися також у випадку його видалення із зали судового засідання за порушення ним порядку в залі судового засідання або не підкорення розпорядженням головуєчого у судовому засіданні (ст. 330 КПК України).

Крім того, відповідно до ст. 495 КПК України суд має право своєю ухвалою видалити неповнолітнього обвинуваченого із залу судового засідання на час дослідження обставин, що можуть негативно вплинути на нього.

Якщо у судовому засіданні не з'явився захисник, участь якого у даному кримінальному провадженні є обов'язковою, суд зобов'язаний з'ясувати причини його неявки. Якщо вони поважні, суд повинен відкласти судовий розгляд. При цьому якщо подальша участь у судовому провадженні захисника неможлива, то відповідно до ч. 3 ст. 324 КПК України головуючий пропонує обвинуваченому протягом трьох днів обрати собі іншого захисника.

У разі неприбуття до суду потерпілого, належним чином повідомленого про судовий розгляд (за наявності підтвердження отримання ним судового виклику), за відсутності поважних причин такої неявки та клопотання про відкладення судового розгляду у зв'язку з його неприбуттям, суд, заслухавши думку інших учасників судового провадження, відповідно до ч. 1 ст. 325 КПК вправі ухвалити рішення про проведення судового розгляду без потерпілого, за винятком випадків, передбачених КПК, зокрема, якщо кримінальне провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення або у судовому провадженні розглядається угода про примирення потерпілого з підозрюваним, обвинуваченим чи ухвала про відмову у її затвердженні тощо. В інших випадках суд повинен прийняти рішення про відкладення судового розгляду та за відсутності поважних причин неприбуття такого потерпілого відповідно до ст. 139 КПК вправі накласти на потерпілого грошове стягнення, привід до потерпілого згідно з ч. 2 цієї статті не застосовується. Повторне неприбуття в судовому засіданні потерпілого, належним чином повідомленого про судовий розгляд (наявне підтвердження отримання ним повістки про виклик або ознайомлення з її змістом у інший спосіб), без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття після відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення та висловлення потерпілим згоди на підтримання обвинувачення в суді (у такому випадку кримінальне провадження за відповідним обвинуваченням набуває статусу

приватного) прирівнюється згідно з ч. 6 ст. 340 КПК до його відмови від обвинувачення і має наслідком закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням [3].

Наслідком неприбуття цивільного позивача у судове засідання є залишення цивільного позову без розгляду, за винятком випадків, коли: а) від цивільного позивача надійшло клопотання про розгляд цивільного позову за його відсутності; б) обвинувачений, цивільний відповідач повністю визнав пред'явлений позов. У таких випадках цивільний позов може бути розглянуто за відсутності цивільного позивача. Якщо ж у судове засідання за викликом не прибув цивільний відповідач, який не є обвинуваченим, або його представник, суд, заслухавши думки учасників судового провадження, залежно від того, чи можливо за відсутності зазначених осіб з'ясувати обставини, що стосуються цивільного позову, вирішує питання про проведення судового розгляду без них або приймає рішення про відкладення судового розгляду та вправі відповідно до ст. 139 КПК накласти на цивільного відповідача грошове стягнення у зв'язку з його неявкою до суду за судовим викликом, привід до цивільного позивача та відповідача (якщо ним не є обвинувачений) згідно з ч. 2 цієї статті не застосовується [3].

Зі змісту ч. 3 ст. 29 КПК України вбачається, що обов'язковим питанням, яке підлягає вирішенню у підготовчій частині судового розгляду, є необхідність забезпечення учасників кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, перекладачем.

Виконання вказаних вимог закону має важливе значення для реалізації учасниками кримінального провадження права давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють.

У параграфі 3 глави 28 КПК України відсутні норми, які передбачають вжиття судом у підготовчій частині судового засідання заходів, спрямованих на забезпечення участі перекладача.

Незважаючи на те, що участь перекладача у кримінальному провадженні не є обов'язковою, у випадку встановлення обставин,

зазначених у ч. 3 ст. 29 КПК України, суд не може ухилитись від вчинення дій, спрямованих на забезпечення прав учасників судового розгляду, які не володіють мовою, якою здійснюється кримінальне провадження. Це впливає також з п. 1, 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., відповідно до яких незабезпечення судом обвинуваченого, який не володіє мовою, якою здійснюється судочинство, перекладачем визнається порушенням права обвинуваченого на захист та підставою для скасування судового рішення, винесеного за наслідками такого розгляду [4].

Питання про участь перекладача під час судового розгляду вирішується незалежно від того, чи брав він участь у попередніх стадіях кримінального провадження. Головуючий може вирішити це питання як за власною ініціативою, так і за клопотанням сторони кримінального провадження. Відповідне рішення приймається з урахуванням думки сторін, коли виникає сумнів у тому, що особа розуміє зміст та результати процесуальних дій [5, с. 19-20].

Зі змісту ч. 4 ст. 68 КПК України вбачається, що у підготовчій частині судового розгляду сторона кримінального провадження, яка залучила перекладача, чи слідчий суддя або суд зобов'язана пересвідчитися в особі і компетентності перекладача, з'ясувати його стосунки з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, свідком і роз'яснити його права і обов'язки.

У законодавстві не встановлено порядок перевірки професійних якостей перекладача. Не вказано, чи має компетенція перекладача підтверджуватись наявністю документу про спеціальну лінгвістичну або філологічну освіту чи іншим документом, що встановлює мовний рівень особи. Немає вказівок на процедуру перевірки спроможності перекладача правильно виконувати переклад.

Компетентність перекладача може перевірити сам слідчий, якщо він володіє іноземною мовою. Поширеним на практиці способом перевірки та підтвердження професійних якостей кандидата є ознайомлення з документами про його освіту, їх копіювання і приєднання до матеріалів справи [6].

Після роз'яснення прав та попередження про відповідальність

перекладач повинен перевести всі відомості, що стосуються виконаних судом вимог ст. 342 КПК України при відкритті судового засідання і перевірці явки в суд.

Якщо суд переконається у некомпетентності перекладача, то він може прийняти рішення про його заміну, як за власною ініціативою, так і за ініціативою однієї зі сторін. Суд може лише вислухати з цього питання думку сторін, яка може бути ним врахована. Сторони вправі заявити відвід перекладачу при виконанні судом вимог ст. 344 КПК України.

У випадку неприбуття в судове засідання за судовим викликом перекладача суд, керуючись загальними засадами кримінального провадження, для реалізації обвинуваченим його права на захист, а також забезпечуючи рівність сторін кримінального провадження, заслухавши думку інших учасників судового розгляду, відкладає судове засідання і вживає заходів для забезпечення його прибуття до суду (в разі неможливості сторони кримінального провадження залучити перекладача суд залучає його самостійно).

Якщо ж за викликом суду в судове засідання не прибув свідок, спеціаліст або експерт, суд, заслухавши думки учасників судового провадження, призначає нове судове засідання, але лише після допиту інших присутніх свідків.

Регулюючи у ст. 342 КПК України обов'язок секретаря судового засідання доповісти суду про явку експерта або про причини його відсутності, закон не визначає, які дані про експерта повинні бути повідомлені учасникам судового розгляду і момент їх оголошення. Відповідні дії повинні вчинятися при оголошенні складу суду перед роз'ясненням головуючим обвинуваченому та іншим учасникам судового розгляду їх права заявити відвід експерту. Після прізвища експерта доцільно вказати місце роботи, посаду, науковий ступінь і вчене звання, загальну і спеціальну освіту, спеціалізацію, загальний стаж роботи за спеціальністю.

Принагідно необхідно довести до відома присутніх в судовому засіданні, з чиеї ініціативи (суду, прокурора, клопотанням захисника, підсудного і т.д.) і з якою метою викликаний експерт.

Не можна погодитися з думкою І.Л. Петрухіна, який вважає, що. «Одночасно з роз'ясненням експерту його прав і обов'язків суд повинен ... роз'яснити, з якою метою експерт викликаний в судове засідання» [7, с. 197]. Оскільки під час оголошення складу суду, зокрема експерта, суд зобов'язаний роз'яснити учасникам судового розгляду їх право заявити відвід експерту і при заявленні такого клопотання прийняти рішення по суті, природно, що учасникам судового розгляду вже повинні бути відомі основні дані про експерта і мета його виклику. Інакше, питання про відвід експерта в цей момент буде в більшості випадків формальним.

Отже, у кримінально-процесуальному законі необхідно передбачити, що крім імені експерта головуєчий повинен повідомити учасникам судового розгляду необхідні дані про експерта, з чієї ініціативи, з якою метою він викликаний, і тільки потім вирішувати питання про відвід експерта [8, с. 20-21].

Однією з важливих умов успішного проведення судового розгляду є правильне вирішення питання про можливість продовження судового розгляду за відсутності свідків, експерта чи спеціаліста.

Закон не містить будь-яких вказівок на те, у яких випадках суд не може продовжувати судовий розгляд за відсутності свідків чи експертів, які не прибули у судове засідання. Таку позиція законодавця вважаємо цілком обґрунтованою, оскільки вирішення цього питання залежить від конкретних обставин кримінального провадження та внутрішнього переконання суду.

Разом з тим вважаємо доцільним передбачити у КПК України, що суд не може продовжувати судовий розгляд у випадку неприбуття свідка чи експерта, якщо їх показання чи висновок стосуються суттєвих обставин справи.

Крім того, вирішуючи питання про продовження судового розгляду за відсутності свідків, експертів чи спеціалістів, суд повинен враховувати, що обвинуваченому повинно бути дозволено викликати і допитувати будь-яких свідків, чиї показання він вважає важливими для судового розгляду, він також повинен мати можливість допитати будь-якого свідка, викликаного прокурором або на чиї показання прокурор покладається [9, с. 116-117]. Необхідно погодитися з думкою про те, що

таке право є абсолютним не тільки для обвинуваченого, але й для інших учасників судового розгляду, які захищають у суді свої права чи законні інтереси [10, с. 63-64]. Тільки виняткові обставини можуть дозволити обвинуваченню покладатися на показання свідка, якого обвинувачений не мав можливості допитати у суді. Але ці винятки не повинні обмежувати право на захист. Пункт 1 і підп. "d" п. 3 ст. 6 Конвенції вимагають, щоб обвинуваченому була надана адекватна можливість оскаржувати твердження і допитувати осіб, які свідчать проти нього, або коли вони дають показання у суді, або на більш пізній стадії [11].

Таким чином, можливість продовження судового розгляду у випадку неприбуття свідків обвинувачення, на допиті яких наполягає сторона захисту, обмежена. У таких випадках суд повинен відкласти судовий розгляд та забезпечити явку свідка.

Якщо судовий розгляд неможливо продовжити у зв'язку з неприбуттям того чи іншого учасника, суд може винести ухвалу про його відкладення як у нарадчій кімнаті, так і у залі судового засідання.

Ст. 342 КПК України, закріплюючи обов'язок секретаря судового засідання встановити коло учасників судового провадження, які будучи викликані та повідомлені, прибули у судове засідання, не містить вимоги про встановлення осіб, які не викликалися у судове засідання, однак підлягали виклику, а також осіб, які викликалися незважаючи на те, що їхня участь у даному кримінальному провадженні є недоцільною.

Так, вирішуючи питання про виклик в судове засідання свідків, суд повинен виходити з необхідності повного і об'єктивного з'ясування всіх обставин справи, які як викривають обвинуваченого або обтяжують його відповідальність, так і виправдовують обвинуваченого або пом'якшують його відповідальність. При цьому суд повинен, виходячи з цієї вимоги, викликати в судове засідання будь-якого свідка, як допитаного, так і не допитаного під час досудового розслідування.

Виклик та допит свідків не залежить виключно від ініціативи сторін. Якщо суд визнав, що показання свідків, які підлягають виклику, стосуються істотних обставин справи, і без їх виклику та допиту не можна прийняти законне та обґрунтоване рішення, то суд зобов'язаний

самостійно вжити заходів для забезпечення їх явки в судове засідання.

До осіб, чия участь судом може бути визнана доцільною, та які підлягають виклику у судове засідання, відносяться також і експерти. Вони можуть викликатися судом за власною ініціативою для допиту або для роз'яснення висновку (ст. 356 КПК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 342 КПК України після з'ясування переліку осіб, які прибули в судове засідання, секретар судового засідання встановлює їх особи та перевіряє повноваження захисників і представників.

Після повідомлення секретаря про явку учасників судового розгляду, сторони з дозволу головуючого мають право задати йому запитання про причини відсутності того чи іншого учасника. Секретарю такі причини можуть бути відомі з різних джерел, в тому числі з письмових документів (розписок про вручення повісток, довідок про хворобу тощо), усних повідомлень учасників, які з'явилися у судове засідання. Секретар на вимогу сторони кримінального провадження повинен повідомити про заходи, які вживались до учасників з метою забезпечення їх участі у судовому засіданні.

Цими діями завершується процес встановлення переліку учасників судового провадження, які викликались та прибули у судове засідання. Лише після цього суд може перейти до вчинення інших процесуальних підготовчих дій до судового розгляду.

Висновки і перспективи подальших розвідок. Таким чином, перевірка явки учасників судового засідання складається з послідовності наступних процесуальних дій: 1) перевірка явки осіб, які представляють сторони кримінального провадження (прокурора, обвинуваченого та його захисника); 2) перевірка явки потерпілого та цивільного позивача; 3) перевірка явки інших учасників судового розгляду (перекладачів, спеціалістів, експертів, свідків та ін.); 4) встановлення особи учасників, які прибули у судове засідання, перевірка їх повноважень та компетентності; 5) перевірка факту повідомлення осіб, які не з'явилися у судове засідання, про необхідність явки до суду та з'ясування причин їх неприбуття; 6) з'ясування питання про прибуття у судове засідання осіб, які не викликались, хоча підлягали виклику.

Єдиним учасником судового розгляду, без якого судове засідання не може розпочатись, є головуючий у судовому засіданні, а у випадку колегіального судового розгляду кримінального провадження – один із суддів, який входить до складу суду. У випадку їх неявки секретар судового засідання повідомляє про затримання судового розгляду або перенесення його на інший день.

У всіх інших випадках судове засідання розпочинається і після перевірки явки учасників судового розгляду вирішуються питання про можливість продовження судового засідання за їх відсутності або його відкладення. Прийняття відповідного рішення залежить від процесуального статусу учасника, а також від значення для кримінального провадження відомої тій чи іншій особі інформації про обставини справи.

Неприбуття у судове засідання прокурора, обвинуваченого та його захисника чи перекладача є підставою для відкладення судового розгляду крім випадків, встановлених КПК України.

У разі неприбуття потерпілого суд, заслухавши думку інших учасників судового провадження, може ухвалити рішення про проведення судового розгляду без потерпілого, за винятком випадків, передбачених КПК України.

Наслідком неприбуття цивільного позивача є залишення цивільного позову без розгляду, за винятком випадків, коли: а) від цивільного позивача надійшло клопотання про розгляд цивільного позову за його відсутності; б) обвинувачений, цивільний відповідач повністю визнав пред'явлений позов.

У випадку неприбуття за викликом суду свідка, спеціаліста або експерта суд, заслухавши думки учасників судового провадження, призначає нове судове засідання лише після вчинення інших процесуальних дій, які можливо провести у відсутності відповідного учасника.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>.
2. Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации: практическое пособие по применению Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации / Под общ. ред. А.И. Карпова. – М.: Юрайт, 2009. – 732 с.
3. Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.10.2012 р. № 223-1446/0/4-12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v1446740-12/print1389890081540993>.
4. Європейська Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
5. Головинская Е.П. Процессуально-правовые основы деятельности переводчика по обеспечению принципа языка уголовного судопроизводства: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Е.П. Головинская. – Воронеж: ВГУ, 2006. – 193 с.
6. Галака О. Участь перекладача у кримінальному процесі України / О. Галака. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: http://law.univ.kiev.ua/images/abook_file/conf2010_kpp_halaka.pdf.
7. Петрухин И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе / И.Л. Петрухин. – М.: Юрид. лит., 1964. – 266 с.
8. Грун А. Подготовительная часть судебного заседания / А. Грун // Советская юстиция. – 1968. – № 13. – С. 20-21.
9. Прецеденты и комментарии к статье 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: Пособие // Маул Н., Харби К., Алексеева Л.Б. – М.: Российская академия правосудия, 2001. – С. 116-117.
10. Александров А.С. Перекрестный допрос в суде (объяснение его сущности, принципов и порядка проведения, а также практической наставление к употреблению) / А.С. Александров, С.П. Гришин. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 592 с.
11. Постановление Европейского суда по правам человека от 27 февраля 2001 г. № 17644/03 «По делу «Лука против Италии». [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: www.rroi.narod.ru/echr/another_2/luka.htm.

Анотація

Кисляк Н.С. Правове регулювання дій суду з перевірки явки учасників судового провадження: питання теорії та практики. – Стаття.

У статті досліджуються теоретичні та практичні аспекти проведення у підготовчій частині судового розгляду дій зі встановлення учасників судового провадження, які були повідомлені та викликались у судове засідання. На підставі наукових праць та матеріалів судової практики автор визначає порядок перевірки

явки осіб, наслідки їх неприбуття у судові засідання, розкриває порядок вирішення питання про необхідність залучення перекладача, перевірки його компетентності, характеризує підстави та умови продовження судового розгляду у випадку неприбуття свідків, експертів чи спеціалістів.

Ключові слова: виклик осіб, судові засідання, учасники, прокурор, обвинувачений, захисник, потерпілий, свідок, перекладач, експерт.

Аннотація

Кисляк Н.С. Правовое регулирование действий суда по проверке явки участников судебного производства: вопросы теории и практики. – Статья.

В статье исследуются теоретические и практические аспекты проведения в подготовительной части судебного разбирательства действий по установлению участников судебного производства, которые были уведомлены и вызывались в судебное заседание. На основании научных трудов и материалов судебной практики автор определяет порядок проверки явки лиц, последствия их неявки в судебное заседание, раскрывает порядок решения вопроса о необходимости привлечения переводчика, проверки его компетентности, характеризует основания и условия продолжения судебного разбирательства в случае неприбытия свидетелей, экспертов или специалистов.

Ключевые слова: вызов лиц, судебное заседание, участники, прокурор, обвиняемый, защитник, потерпевший, свидетель, переводчик, эксперт.

Summary

Kysliak N.S. Legal Regulation of Court's Activities on the Check-up of Appearance of the Participants of the Trial: Theoretical and Practical issues. – Article.

The article is dedicated to the theoretical and practical aspects of conducting the preparatory actions of the trial participants to install the proceedings have been notified and were caused by the court in the article. Based on scientific works and case law the author defines the procedure for checking attendance individuals, the consequences of absenteeism in court, reveals the order of the question of the need for assistance of an interpreter, check competence describes the reasons and conditions for the continuation of the trial in the case of failure of witnesses, experts or specialists.

Key words: summons of a person, trial, participants, prosecutor, defendant, defense counsel, victim, witness, translator, expert.



УДК 343.131 : 343.146

С.О. Ковальчук

кандидат юридичних наук, доцент,
заступник декана Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ВИТРЕБУВАННЯ ТА ОТРИМАННЯ РЕЧЕЙ ЯК СПОСІБ УЧАСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ У ФОРМУВАННІ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ

Постановка проблеми. Надаючи стороні захисту право збирати докази (ч. 1 ст. 93 КПК України), норми кримінального процесуального закону закріплюють способи участі підозрюваного, обвинуваченого, його захисника та законного представника (ч. 3 ст. 93 КПК України) у формуванні доказів. Зокрема, сторона захисту вправі брати участь в їх формуванні шляхом: 1) витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей; 2) отримання висновків експертів; 3) отримання висновків ревізій, актів перевірок; 4) ініціювання проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій; 5) здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

При цьому ч. 3 ст. 93 КПК України закріплює витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей як самостійний спосіб участі сторони захисту у формуванні доказів. Водночас, норми кримінального процесуального закону не визначають механізм реалізації підозрюваним, обвинуваченим, його захисником і законним представником права брати участь у формуванні доказів шляхом витребування та отримання речей, документів, відомостей.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню

процесуальних основ участі сторони захисту у формуванні доказів присвячена значна увага науковців. Зокрема, повноваження сторони захисту щодо участі у кримінально-процесуальному доказуванні аналізують у своїх працях О.А. Білічак, В.К. Волошина, В.А. Люліч, М.А. Маркуш, Н.М. Обрізан, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, О.Г. Яновська та інші вітчизняні і зарубіжні вчені. Водночас, самостійне дослідження витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей як способу участі сторони захисту у формуванні речових доказів не проводилися.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою цієї статті є дослідження теоретико-правових і прикладних основ витребування та отримання речей як способу участі сторони захисту у формуванні речових доказів.

Виклад основного матеріалу. Закріплюючи витребування та отримання речей як самостійний спосіб участі сторони захисту у формуванні речових доказів, законодавець передбачає можливість отримання нею від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб будь-яких речей, які мають значення для кримінального провадження, за винятком речей, вилучених законом з обігу. Водночас, у практичній діяльності витребування як спосіб формування доказів стороною захисту носить декларативний характер, на що обґрунтовано звертається увага в юридичній літературі. Так, М.А. Погорецький відзначає, що «хоча ч. 2 ст. 93 КПК України й надає право сторони захисту на витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій, документів, відомостей, проте на практиці реалізувати це право є проблематичним, оскільки в багатьох випадках керівники органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, інші службові, а також фізичні особи залишають запити захисників щодо витребування відповідних речей, копій документів та відомостей без задоволення, а

інколи й взагалі не реагують на такі запити. При цьому належних гарантій реалізації зазначеного права захисника чинне законодавство України не передбачає» [1, с.480-481].

Поділяючи таку позицію, потрібно відзначити, що основними правовими гарантіями реалізації будь-якого права учасника кримінального провадження виступають нормативно закріплені механізми його реалізації та встановлена нормами закону відповідальність за порушення цього права. Проте, нормами чинного кримінального процесуального закону механізм реалізації підозрюваним, обвинуваченим, його захисником і законним представником права щодо витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб доказів не врегульований, як і не передбачена відповідальність за перешкоджання його реалізації стороною захисту. У зв'язку з цим на сьогодні механізм витребування підозрюваним, обвинуваченим, його захисником і законним представником доказів у повному обсязі відповідає механізму реалізації прав на звернення та на отримання інформації, що впливають із загально-правового статусу особи (а щодо захисника – із правового статусу адвоката). Водночас, аналіз нормативно-правових актів, які врегульовують механізм реалізації прав на звернення та отримання інформації і закріплюють відповідальність за їх порушення, свідчить про істотне звуження нормами цих актів можливостей сторони захисту щодо витребування та отримання доказів у порівнянні із закріпленими нормами кримінального процесуального закону її правом брати участь у формуванні доказів за допомогою використання цього способу.

Так, по-перше, закріплюючи забезпечення доступу кожного до інформації в якості одного з основних напрямів державної інформаційної політики (ст. 3 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ) [2], норми чинного законодавства лише у загальному визначають механізм реалізації прав особи на звернення (ст. ст. 5 і 15 Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР) [3], на доступ до публічної інформації за інформаційним запитом (ст. ст. 19 – 23 Закону України «Про доступ до публічної інформації» від

13.01.2011 р. № 2939-VI) [4] і права адвоката на отримання інформації за адвокатським запитом (ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI) [5].

При цьому Закони України «Про доступ до публічної інформації» і «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачають можливість отримання за запитом виключно інформації та копій документів. Так, ч. 1 ст. 19 Закону України «Про доступ до публічної інформації» визначає запит на інформацію як прохання особи про надання публічної інформації, визначення якої міститься у ч. 1 ст. 1 цього Закону [4]. Ч. 2 ст. 21 Закону України «Про доступ до публічної інформації» передбачає у разі задоволення запиту на інформацію виготовлення копій документів [4]. Ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає адвокатський запит як письмове звернення адвоката про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту [5]. На відміну від наведених норм, ч. 1 і 3 ст. 15 Закону України «Про звернення громадян» передбачають обов'язок органів державної влади, місцевого самоврядування та їх посадових осіб, керівників і посадових осіб підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, об'єднань громадян, до повноважень яких належить розгляд заяв (клопотань), повідомляти громадян про наслідки їх розгляду та в обов'язковому порядку надавати відповідь за результатами розгляду заяв (клопотань) [3].

Системний аналіз норм ч. 1 ст. 19 і ч. 2 ст. 21 Закону України «Про доступ до публічної інформації» та ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у їх зв'язку з ч. 1 ст. 200 ЦК України і ст. 1 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII, які визначають поняття «інформація» [2; 6], дозволяє стверджувати, що за запитом на інформацію та адвокатським запитом можуть бути отримані будь-які відомості про ті або інші речі, але можливість надання останніх нормами чинного законодавства не передбачена.

По-друге, вказані нормативно-правові акти обмежують коло суб'єктів, до яких сторона захисту вправі звернутися зі зверненням

(відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про звернення громадян» таким зверненням є заява або клопотання), інформаційним або адвокатським запитом. Так, ч. 1 ст. 1 Закону України «Про звернення громадян» надає громадянам України право звернутися до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб [3]. Ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яка визначає поняття адвокатського запиту, передбачає його подання органам державної влади, органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам, підприємствам, установам та організаціям незалежно від форми власності та підпорядкування, громадським об'єднанням [5]. Ч. 1 ст. 19 Закону України «Про доступ до публічної інформації», визначаючи поняття запиту на інформацію, передбачає його подання розпорядникам інформації, коло яких передбачене ст. 13 вказаного Закону України [4]. Водночас, наведені нормативно-правові акти не містять вказівки на можливість подання заяви, клопотання або запиту до фізичних осіб.

По-третє, у наведених нормативно-правових актах по-різному врегульовується питання щодо обов'язковості заяв, клопотань і запитів. Так, ст. ст. 15 і 20 Закону України «Про звернення громадян» визначають строки розгляду звернень громадян і передбачають можливість прийняття рішення про відмову в задоволенні вимог, викладених у заяві (клопотанні) [3]. Ст. 20 Закону України «Про доступ до публічної інформації» передбачає строки розгляду запитів на інформацію її розпорядниками і надання відповідей на них, а ст. 22 вказаного Закону України визначає підстави відмови і відстрочки у задоволенні запиту на інформацію [4]. Ч. 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» містить імперативну вказівку на надання адвокату відповідної інформації та копій документів і визначає строки її надання [5].

По-четверте, встановлюючи відповідальність за порушення прав особи на звернення, на доступ до публічної інформації за інформаційним запитом і права адвоката на отримання інформації, норми чинного законодавства істотно обмежують можливість притягнення до

відповідальності службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та унеможливають притягнення до неї фізичних осіб за порушення права сторони захисту на витребування та отримання доказів. Так, відповідальність за порушення прав особи на звернення, на доступ до публічної інформації за інформаційним запитом і права адвоката на отримання інформації врегульована нормами ч. ч. 2, 4 і 6 ст. 212-3 КУпАП [7], закріплені якими склади адміністративних правопорушень відповідають нормам ст. 24 Закону України «Про звернення громадян», ч. 1 ст. 24 Закону України «Про доступ до публічної інформації» і ч. 3 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Водночас, ч. 2 ст. 212-3 КУпАП, закріплюючи відповідальність за ненадання відповіді на запит на інформацію, ненадання інформації, неправомірну відмову в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання недостовірної інформації [7], обмежує вказані склади адміністративних правопорушень виключно порушенням Закону України «Про доступ до публічної інформації». У зв'язку з цим об'єктивна сторона складів адміністративних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 212-3 КУпАП, обмежується виключно порушеннями порядку надання відповіді на запити про отримання публічної інформації, визначення якої міститься у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про доступ до публічної інформації» [4], а їх суб'єкти – наведеним у ст. 13 вказаного Закону України переліком розпорядників інформації [4].

Ч. 4 ст. 212-3 КУпАП, встановлюючи відповідальність за неправомірну відмову в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у відповідь на адвокатський запит [7], як і ч. 2 ст. 212-3 КУпАП, не передбачає відповідальності за ненадання, неправомірну відмову у наданні та несвоєчасне надання відповіді на запит, у тому числі й адвокатський, про надання речей.

Ч. 6 ст. 212-3 КУпАП, закріплюючи відповідальність за незаконну відмову у прийнятті і розгляді звернення та інші порушення Закону

України «Про звернення громадян» [7], не визначає інші склади адміністративних правопорушень. Аналіз норм ст. ст. 15 і 17 Закону України «Про звернення громадян» дозволяє стверджувати, що посадові особи органів державної влади, місцевого самоврядування, керівники і службові особи підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, об'єднань громадян, до повноважень яких належить розгляд заяв (клопотань), можуть бути притягнуті до відповідальності також за ненадання або несвоєчасне надання відповіді на вказані звернення та неправомірну відмову в задоволенні вимог, викладених у заяві (клопотанні). Водночас, з огляду на норми ч. ч. 1 і 3 ст. 15 Закону України «Про звернення громадян», вказані суб'єкти не можуть бути притягнуті до відповідальності за ненадання копій документів і речей, вказаних у зверненні.

Таким чином, відсутність нормативно закріпленого механізму реалізації права сторони захисту на витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб речей, документів і відомостей та встановленої нормами закону відповідальності за порушення цього права призводить до його недієвості як способу участі сторони захисту у формуванні доказів. Більше того, норми ст. 15 Закону України «Про звернення громадян» не передбачають можливості отримання за заявою (клопотання) речей, документів і відомостей, а ч. 1 ст. 19 і ч. 2 ст. 21 Закону України «Про доступ до публічної інформації» і ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплюють можливість отримання за запитом виключно інформації та копій документів. У зв'язку з цим чітке і неухильне дотримання вказаних норм унеможлиблює отримання за заявою (клопотанням) у порядку Закону України «Про звернення громадян», інформаційним запитом у порядку Закону України «Про доступ до публічної інформації» та адвокатським запитом у порядку Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» будь-яких речей, які можуть бути використані у кримінальному провадженні в якості речових доказів. Тому потрібно погодитися з позицією В.О. Попелюшка, який вказує на можливість отримання за допомогою даного способу участі сторони захисту у

формуванні доказів виключно документів та їх копій [8, с.354-355].

У разі ненадання службовою особою органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій відповіді на заяву (клопотання) підозрюваного, обвинуваченого, його представника і законного представника або на адвокатський запит про надання речей, ненадання речей, неправомірну відмову в їх наданні, сторона захисту вправі звернутися до слідчого судді, суду з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів. Як свідчать результати дослідження судової практики, звертаючись до слідчого судді, суду з таким клопотанням, сторона захисту надає копії звернень та адвокатських запитів, якими витребувалися речі. Так, Печерський районний суд м. Києва ухвалою від 12.09.2014 р. у справі № 757/7932/14-к задовольнив клопотання захисника обвинуваченого ОСОБА_2 про надання тимчасового доступу до речей та документів, вказавши у мотивувальній частині на обґрунтування прийнятого рішення, що обставини, які просить встановити захисник, мають значення для розгляду кримінального провадження, самотійно стороною захисту запитувані дані не можуть бути отримані, з огляду на надані в судовому засіданні захисником відповіді на адвокатські запити [9].

Висновки. Витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей як самотійний спосіб участі сторони захисту у формуванні речових доказів на сьогодні залишається недовірливим у зв'язку з його нормативною неврегульованістю. Звернення до норм Законів України «Про звернення громадян», «Про доступ до публічної інформації» та «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» також не сприяє витребуванню речей, оскільки вказані нормативно-правові акти передбачають можливість витребування інформації та копій документів. Забезпечення дієвості даного способу участі сторони захисту у формуванні речових доказів можливе шляхом нормативного закріплення гарантій її права на витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей. Зокрема, у нормах

кримінального процесуального закону підлягають закріпленню такі гарантії вказаного права: 1) механізм реалізації стороною захисту права на витребування та отримання речей; 2) обов'язковість виконання службовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій і фізичними особами заяви (клопотання) та адвокатського запиту про надання речей; 3) відповідальність службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та фізичних осіб за невиконання або неналежне виконання заяви (клопотання) та адвокатського запиту про надання речей.

Література

1. Погорецький М. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання / М. Погорецький // Актуальні питання державотворення в Україні: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (23 травня 2014 року) / Ред. кол.: І.С. Гриценко (голова), П.С. Берзін (заст. голови), І.С. Сахарук (відп. ред.) – К.: Прінт-Сервіс, 2014. – С. 480-482.

2. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.

3. Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.

4. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2939-17>.

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

6. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page4>.

7. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/page14>.

8. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Василь Олександрович Попелюшко. – Острог, 2009. – 502 с.

9. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 12.09.2014 р. у справі № 757/7932/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40431143>.

Анотація

Ковальчук С.О. Витребування та отримання речей як спосіб участі сторони захисту у формуванні речових доказів. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню теоретико-правових і прикладних основ витребування та отримання речей як способу участі сторони захисту у формуванні речових доказів. На основі аналізу норм чинного законодавства України і судової практики обґрунтовуються напрямки забезпечення дієвості цього способу участі підозрюваного, обвинуваченого, його захисника і законного представника у формуванні речових доказів.

Ключові слова: речі, докази, речові докази, формування речових доказів, витребування та отримання речей, сторона захисту.

Аннотация

Ковальчук С.А. Истребование и получение вещей как способ участия стороны защиты в формировании вещественных доказательств. – Статья.

Статья посвящена исследованию теоретико-правовых и прикладных основ истребования и получения вещей как способа участия стороны защиты в формировании вещественных доказательств. На основании анализа норм действующего законодательства Украины и судебной практики обосновываются направления обеспечения действенности данного способа участия подозреваемого, обвиняемого, его защитника и законного представителя в формировании вещественных доказательств.

Ключевые слова: вещи, доказательства, вещественные доказательства, формирование вещественных доказательств, истребование и получение вещей, сторона защиты.

Summary

Kovalchuk S.O. Request and Receipt of Things as a Method of Participation of the Defense Part in the Formation of Material Evidence. – Article.

The article is dedicated to the consideration of the theoretical, legal and practical foundations of the reclamation and the receiving of things as a method of participation of the defense part in the formation of material evidence. Based on the results of the analysis of the Ukrainian current legislation norms and judicial practice the directions of providing the effectiveness of this method of participation of the suspect, accused, his defender and legal representative in the formation of material evidence are considered.

Key words: things, evidence, material evidence, formation of material evidence, reclamation and receiving of things, defense part.



УДК 343.13

В.В. Король

кандидат юридичних наук,
заступник декана Прикарпатського
юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»,
доцент

СУДОВА КУЛЬТУРА ТА СУДОВА ЕТИКА ЯК ВАЖЛИВІ ПЕРЕДУМОВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАСАДИ ГЛАСНОСТІ І ВІДКРИТОСТІ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Постановка проблеми у загальному вигляді. Гласність – це один з найважливіших проявів демократичності держави, основа демократії, її фундамент, оскільки тільки інформованість громадян надає їм можливість із знанням справи брати участь в управлінні державою.

Повна, правдива і своєчасна інформація про всі сторони державного і громадського життя свідчить про довіру і повагу до людей, їх здатності у всьому правильно розібратися, залучає їх до управління справами держави і тим самим піднімає громадянську активність. Гласність є «управою» на владу; гласність дає можливість громадянам контролювати усі гілки влади, формувати про них певну думку і певним чином впливати на формування владних органів та їх діяльність.

Центральною ланкою будь-якої правової системи є судочинство. Це сфера державної діяльності і громадського життя, в якій ідеї правової держави знаходять найбільш яскраве втілення. Суд урівноважує фактичну нерівність між могутньою машиною обвинувальної влади і «маленькою людиною», і тому саме в цій сфері гласність, в першу чергу, повинна бути нормою життя [1, с.19]. За належного здійснення правосуддя гласність і відкритість судової діяльності сприяє утвердженню в суспільстві авторитету судової влади та права в цілому.

При цьому посада судді безспірно відноситься до тих професій, моральний аспект в яких відіграє основоположну роль. Як зазначає

А. Музиченко, це професії, де «об'єктом праці» виступають живі люди, де в процесі професійної діяльності відбувається вторгнення у внутрішній світ людини часто в критичних життєвих ситуаціях. Відповідно до професіоналів, які займаються такою діяльністю, суспільство висуває не тільки вимоги загальної моралі (що стосуються будь-якої людини незалежно від професії), але і специфічні моральні вимоги. Більше того, моральність представника такої професії буде показником рівня професійності [2, с.84].

Саме тому вагомий вплив судової культури та судової етики простежується і при виконанні завдань, що стоять перед гласністю та відкритістю кримінального провадження.

Ступінь наукової розробки проблеми. Питання *судової культури* в свій час досить активно обговорювалися в радянській юридичній літературі [3; 4; 5; 6; 7; 8; 9 та ін.]. Детально досліджувався і вплив судової культури на забезпечення гласності кримінального процесу [10, с.92-112; 11, с.123-129]. Однак, в сучасних реаліях це явище незаслужено обділене увагою наукових дослідників. Питання ж *судової етики* досліджувалися як у вітчизняній, так і в зарубіжній науковій юридичній літературі (І.Л. Самсін [12], В.В. Завальнюк [13], В.В. Городовенко [14], С.В. Подкопаєв [15], О.М. Овчаренко [16], О.С. Кобліков [17], Н.В. Радутна [18] та ін.). Однак, поза увагою науковців залишився вплив судової етики на реалізацію засади гласності та відкритості кримінального провадження. В свою чергу, й судова реформа поступово утверджує нові підходи до нормативної регламентації етичних стандартів суддівської професії.

Постановка завдання. У даній статті ми спробуємо довести, що судова культура та судова етика є необхідними передумовами реалізації засади гласності та відкритості кримінального провадження, підкресливши їх важливе значення для забезпечення цієї засади та провівши загальний огляд елементів культури судової діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Чому ж судова культура є саме передумовою забезпечення гласності, а не, скажімо, її гарантією [10, с.92] чи просто явищем, яке має супроводжувати

гласність? Як видається, перш ніж відкрити двері судового засідання потрібно бути впевненим, що ця відкритість буде сприяти тим завданням, які стоять перед гласністю судового процесу.

Відсутність елементарного такту у відношенні суддів з учасниками процесу, упереджене ставлення до них, нехтування окремими процесуальними нормами може викликати зовсім протилежний завданням гласності ефект «перекреслити всю діяльність суду у здійсненні правосуддя» [11, с.124]. Це, зокрема: зниження авторитету судових органів [19], а отже і недовіра до правосуддя; зниження рівня правової культури громадян, що проявляється в негативній установці щодо виконання вимог закону (про яке правове виховання можна говорити, коли у присутніх складається враження, що справа вже вирішена до початку її розгляду в суді); зменшення судової аудиторії або відсутність публіки в залах судового засідання, що виключає можливість громадського контролю за діяльністю суду, дотриманням прав і законних інтересів учасників судового провадження тощо.

Таким чином, ми спостерігаємо своєрідне «замкнуте коло», а тим «вузлом», на якому «замикається», без руху вперед, здійснення завдань кримінального провадження є судова культура.

Досить вдале визначення поняття «судової культури» подає З.В. Макарова: «... сукупність досягнень у сфері правозастосовної діяльності в суді, які реалізуються через високий рівень розумової (інтелектуальної – *авт.*), моральної, естетичної освіти (та виховання – *авт.*) суддів, прокурорів, адвокатів, що виражається в їх професійній діяльності через суворе дотримання прав і законних інтересів громадян, політичної лінії суспільства і держави, правових, моральних і естетичних норм, а також широке запровадження в судову практику елементів наукової організації праці» [11, с.126]. Однак, і це визначення потребує корекції. Зокрема, вказівка на суворе дотримання «політичної лінії суспільства і держави» не відповідає вимозі незалежного здійснення правосуддя.²

² Політична воля суспільства і держави повинна бути втілена в законі, який має стати опосередкованим виразником її для суду. Відповідно, орієнтиром для судової діяльності має стати принцип верховенства закону та визначені в законі завдання кримінального провадження. Крім того, на несумісність судової та політичної діяльності вказує ч. 2 ст. 127 Конституції України.

Отже, судова культура – це сукупність досягнень в сфері правозастосовної діяльності в суді, які реалізуються через високий рівень інтелектуальної, моральної, естетичної освіти та виховання суддів, прокурорів, адвокатів, що виражається в їхній професійній діяльності, яка спрямована на здійснення завдань кримінального провадження, через суворе дотримання прав і законних інтересів громадян, правових, моральних і естетичних норм, а також широкого запровадження в судову практику елементів наукової організації праці.

В юридичній літературі немає єдиної точки зору і у визначенні елементів культури судової діяльності. Різні автори по-різному визначають її складові частини [3, с.28; 5, с.190; 7, с.43; 8, с.95-96; 10, с.93; 11, с.128]. Найбільш вдалою, як видається, є структура поняття судової культури, запропонована О.Д. Бойковим. Зокрема, до елементів культури судової діяльності автор відносить: 1) правову культуру; 2) професійну майстерність учасників судового провадження; 3) моральні засади судової діяльності; 4) судовий етикет; 5) організацію праці в суді [3, с.28].

Процесуальна діяльність державних органів, службових осіб і громадян відрізняється від інших видів діяльності тим, що порядок її докладно врегульовано законом. Передбачений кримінальним процесуальним законом порядок усієї кримінально-процесуальної діяльності органів, які ведуть процес, та інших його учасників, як і порядок вчинення і оформлення окремих процесуальних дій, прийняття, оформлення і звернення до виконання процесуальних рішень називається процесуальною формою [20, с.30]. З огляду на засаду законності, суд та інші учасники провадження зобов'язані чітко і неухильно дотримуватися всіх вимог чинного законодавства. Недопустимим є і найменший відступ від закону, порушення його. Тобто дотримання процесуальної форми та засади законності є безпосереднім і прямим проявом правової культури суддів, прокурорів, адвокатів.

Закону підпорядковані всі без винятку державні органи і громадські організації, службові особи і громадяни, але судді... і присяжні підпорядковані тільки закону [21, с.230]. Хоча й зберігають своє значення

такі юридичні гарантії, як перевірка законності й обґрунтованості судових рішень, як, дисциплінарна, а при наявності підстав та у встановленому законом порядку – кримінальна відповідальність суддів, але вони мають досить віддалений у часі характер і не завжди можуть реагувати на дрібні порушення закону. Можливість же прямих вказівок суду є недопустимою відповідно до вимог принципу незалежності суддів (окрім заяв і клопотань учасників судового провадження і то, називати їх вказівками можна лише досить умовно). Майже в кожному судовому засіданні можна зустріти ці дрібні відступи від процесуальної форми, незначне процесуальне спрощення, деякі натяжки в оцінці доказів і т.д. Сукупність же таких «дрібниць» негативно впливає на відправлення правосуддя, знижуючи довіру до суду і повагу громадян як до правоохоронної діяльності, так і до права [3, с.31].

Все це додає особливої ваги внутрішній установці суддів на суворе й чітке виконання абсолютно всіх вимог закону, тобто їх правовій культурі.

Як зазначає З.В. Макарова, «однією з причин, яка «вивела» публіку із зали суду і значно скоротила гласність судового розгляду, є безграмотні, невиразні судові промови професійних юристів» [11, с.109]. Надзвичайно важливою є роль судових промов у забезпеченні переконливості судових процесів, а, отже, – й у їх доступності до слухачів. Підтвердження цього ми знаходимо і у висловах відомих мислителів: «є три причини, які збуджують довіру до промовця, тому що є рівно стільки речей, в яких ми віримо без доказів, – це розум, доброчесність і благо прихильність... Крім цих (трьох причин – *авт.*) немає ніяких інших. Якщо таким чином слухачам видається, що оратор має усі ці якості, вони неодмінно проймаються до нього довір'ям» (Арістотель); «Якби ми так само досконало говорили, як ми відчуваємо, тоді б оратори зустріли мало незговірливих слухачів» (Ліхтенберг); «Якщо прагнеш переконати, прагни насамперед сподобатись, прагни, щоб голос твій звучав гармонійно, щоб кожен склад твій був ясно відбитий, щоб головні пункти у твоїй промові та її висновках звучали сильно й голосно. Все повинно захоплювати. Якщо ти говориш не так, тоді краще не говорити зовсім» (Ф. Честерфілд) [22, с.239-241].

Та ораторське мистецтво є лише однією із складових професійної

майстерності учасників провадження, яка повинна «повернути» публіку у зали суду. Це – і вміння підтримувати діловий хід судового процесу [10, с.102-103], і досконале знання права та суміжних галузей знань (кримінологія, криміналістика, судова психологія, педагогіка та ін.) [3, с.33].

Та особливої уваги заслуговують моральні засади судової діяльності.

У своїй діяльності суд керується нормами процесуального законодавства. Але законодавство, яким би воно не було досконалим, не може охопити всю різноманітність і складність відносин, що виникають у сфері правосуддя. У більшості випадків юридичний критерій оцінки ситуації чи вчинку, доповнюється суддями критерієм добра і справедливості. Норми моралі в судовій діяльності мають підвищене значення. Це пояснюється специфікою цієї діяльності і необхідністю «проникати» у внутрішній світ людини, впливати на людину як на особистість і часто приймати безпосередньо участь в її долі; високими моральними (а нерідко і правовими) вимогами, що ставляться суспільством до професійних учасників судового провадження, висловленням їм великої довіри; необхідністю підтримання високого соціального і морального престижу професій; високо значимою, а деколи і вирішальною роллю морального фактора, моральних якостей особи до виконання професійних обов'язків і правил позаслужбової поведінки... [23, с.32].

В юридичній літературі немає однозначності й у визначенні поняття «судової етики» [3, с.34; 6, с.10; 8, с.33; 24, с.5-14; 25, с.10; 26, с.13]. Аналіз наведених наукових дефініцій дає змогу виділити такі загальні ознаками судової етики: вона ґрунтується на загальних моральних засадах; охоплює діяльність усіх професійних учасників судового провадження; є вченням про моральні норми службової діяльності та позаслужбової поведінки зазначених осіб.

Значний вплив судової етики простежується і при виконанні завдань, що стоять перед гласністю кримінального провадження. Так, етична культура судового процесу сприяє зростанню авторитету судових

органів та формуванню громадської довіри до правосуддя [27, с.17, 19, 77], має велике значення і для здійснення судом виховної (превентивної) функції [3, с.35; 10, с.96; 11, с.124]. За допомогою висвітлення морального змісту принципів і норм правосуддя судова етика сприяє їх засвоєнню, як важливих соціальних цінностей.

Професійний суддя – це організатор, ведучий в судовому розгляді. Етична вихованість судді розглядається як одна із ознак професійної придатності. Саме від судді залежить рівень виховного (превентивного) впливу процесу. Як зазначає В.В. Леоненко, в обов'язки судді входить: слідкувати за тим, щоб критика адвокатом доводів обвинувача і критика прокурором доводів захисту не переходила б меж дозволеного законом і мораллю, не допускати постановку ними свідкам, потерпілому, обвинуваченому навідних питань, швидко і рішуче присікти прояви грубості, безкультурності [8, с.106-107].

Недостойна ж поведінка самого судді підриває громадську довіру до нього та судової системи в цілому. Довіра громадськості вимагає, щоб суди були не лише незалежними і неупередженими, а й виглядали такими в очах громадськості [27, с.17].

Як стверджує суддя Верховного Суду України Л.І. Григор'єва, «можна зрозуміти і певною мірою вибачити юридичні помилки, що зумовлюються, насамперед, складністю активного процесу законотворення в нашій державі... Однак ніколи не можна зрозуміти і простити факти свинства, брутальності, зарозумілості суддів, вчинення ними аморальних проступків і фальсифікації судових документів» [27, с.77].

Безперечно, пересічного громадянина не цікавить, молодий суддя чи старий, хворий він чи втомлений, в доброму він гуморі чи заклопотаний особистими проблемами. Громадянин прийшов до суду шукати захисту і справедливості, він очікує від судді тільки цього, і тому його не обходить, з яких причин не вирішується професійно і своєчасно його спір. Супроти тих, хто перетворює суддівську незалежність у суддівське свавілля, розуміє незалежність судді як незалежність від закону, хто вчиняє проступки, які ганьблять честь судді, підривають авторитет судової влади, слід діяти жорстко, рішуче, але, водночас, адекватно поведінці

таких суддів.

Так, всього за два роки (2012-2013) за порушення присяги судді Вищою радою юстиції було внесено подання про звільнення з посад більше 20 осіб [28]. До прикладу, в Канаді останні 30 років було тільки 2 випадки, коли порушувалось питання про зміщення суддів з посади – ще до закінчення розгляду справ, судді самі пішли у відставку [27, с.76-77].

До прикладів аморальної поведінки, несумісної з посадою судді, Л.І. Григор'єва наводить такі випадки: «Колишній суддя Міловського району Луганської області Я., систематично грубо порушувала законодавство при вирішенні кримінальних справ та вчинила проступки, що були оцінені кваліфікаційною комісією як несумісні з посадою судді. За однією кримінальною справою не оголосила публічно вирок, лише повідомила засудженого про міру покарання. При розгляді іншої кримінальної справи публічно негідними словами ображала учасників процесу... До винесення вироку ще по одній кримінальній справі, відвідувала приватно обвинувачену особу, що перебувала у слідчому ізоляторі.

А як можна оцінити поведінку колишнього судді військового суду Р., котрий систематично з'являвся на роботі в нетверезому стані, зриваючи з цієї причини судові процеси. В такому ж стані, втратив кримінальні справи поза межами суду.

Несумісні з посадою судді визнані Вищою кваліфікаційною комісією проступки, вчинені суддею Тростянецького районного суду Сумської області Л. Суддя з корисливих мотивів вступила в недозволені стосунки із засудженою нею особою, придбала у неї автомобіль, а до цього тривалий час затримувала виконання вироку щодо цієї особи, яким передбачалась оплата штрафу. Крім цього, розглянула адміністративну справу стосовно свого чоловіка і також не звернула постанову до виконання...» [27, с.78]. Така ж ситуація є характерною й щодо інших випадків припинення повноважень, оголошення доган і зниження кваліфікаційного класу суддів кваліфікаційними комісіями у зв'язку зі скоєння ними проступків, які ганьблять честь судді та несумісні з їх посадою [27, с.79].

Безперечно, ці заходи необхідні в плані зміцнення судової влади і мають позитивно впливати на інших суддів щодо дотримання ними правил професійної етики. Але нашу увагу привернуло дещо інше: у всіх наведених Л.І. Григор'євою прикладах поряд з аморальною поведінкою суддів простежується ознаки грубого порушення вимог закону (недодержання процесуальних правил здійснення правосуддя, дисциплінарні проступки і навіть факти вчинення злочинів). Очевидно, що саме ці правопорушення і слугували, в більшості випадків, підставами для дисциплінарних проваджень, а дані про неетичну поведінку, несумісну з посадою судді, «впливали» вже під час перевірок роботи цих суддів. Таким чином, факти прояву безкультурності, грубості та іншої неетичної поведінки з боку суддів, в більшості випадків залишаються непоміченими для Вищої кваліфікаційної комісії, якщо тільки судді грубо не порушують вимоги закону.

Відповідно, усвідомлення суддями безкарності та певним чином вседозволеності, є чи не основним чинником у зниженні рівня культури судових процесів. Які ж є засоби підвищення рівня моральності поведінки суддів?

Шляхи вирішення даної проблеми слід шукати в системі підбору суддівських кадрів, в порядку призначення на посаду суду, в забезпеченні соціальних гарантій для суддів і т.д. Однак, найвагомим засобом забезпечення високої моральної поведінки суддів має стати вироблення критеріїв оцінки поведінки суддів (в тому числі і для Вищої кваліфікаційної комісії суддів та Вищої ради юстиції) та реальна можливість притягнення їх до дисциплінарної відповідальності за порушення вимог судової етики.

Слід зазначити, що відповідні кроки в цьому напрямку вже були зроблені. Так, Законом України «Про судоустрій і статус суддів» законодавець чітко закріпив такі обов'язки, як: дотримуватися правил суддівської етики, виявляти повагу до учасників процесу, додержуватися присяги судді. Всі вони відносяться до обов'язків морально-етичного характеру. Одночасно, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 83 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» однією з підстав для дисциплінарної відповідальності судді є систематичне або грубе порушення правил

суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя [29].

Новелою Закону стало й те, що особа, вперше призначена на посаду судді, складає присягу, відповідно до змісту якої кожен суддя, окрім інших вимог, повинен дотримуватися морально-етичних принципів поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді та принижують авторитет судової влади [29].

Також Закон України «Про судоустрій і статус суддів» закріплює, що питання етики суддів визначаються Кодексом суддівської етики, затвердженим з'їздом суддів України (ст. 56) [29]. Цей документ, ухвалений XI черговим з'їздом суддів України 22.02.2013 р., містить низку рекомендацій суддям в період перебування на посаді щодо належної поведінки як службової, так і позаслужбової [30].

Всі етичні вимоги, які закріплені Кодексом суддівської етики, можна умовно розділити на дві групи: правила, що стосуються поведінки судді під час здійснення правосуддя, та правила, що регламентують позаслужбову діяльність судді.

Згідно з вимогами ст.ст. 11, 12 Кодексу суддівської етики важливим блоком етичних обов'язків судді є дотримання принципу гласності й відкритості судового розгляду. Так, суддя має надавати у встановленому законом порядку засобам масової інформації можливість отримувати інформацію, не допускаючи при цьому порушення прав і свобод громадян, приниження їх честі й гідності, а також авторитету правосуддя. Він має утримуватися від публічних заяв, коментувати в засобах масової інформації справи, які перебувають у провадженні суду, та піддавати сумніву судові рішення, що набрали законної сили. Суддя також не вправі розголошувати інформацію, що стала йому відома у зв'язку з розглядом справи [30].

Варто зауважити, що відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону України «Про Вищу раду юстиції» [31] порушення морально-етичних принципів поведінки судді є підставою визнати таку його поведінку порушенням присяги, що може потягнути звільнення судді згідно п. 5 ч. 5 ст. 126 Конституції України.

Відповідно до ст. 3 Кодексу суддівської етики суддя зобов'язаний

докладати всіх зусиль до того, щоб на думку розсудливої, законослухняної та поінформованої людини його поведінка була бездоганною [30]. Варто зауважити, що таке широке формулювання встановлює досить високі стандарти позасудової поведінки судді, що вимагає від нього дотримання основних моральних імперативів, поширених у суспільстві. І хоча у розділах II і III Кодексу суддівської етики містяться більш конкретні правила поведінки судді під час здійснення правосуддя та його позаслужбової діяльності, все ж саме формулювання цих правил характеризується досить високим рівнем узагальнення.

Як зазначає А Музиченко, «відсутність чітко закріплених правил поведінки судді, з одного боку дозволяють останньому довільно трактувати саме поняття «суддівської етики», а з іншої сторони – це може бути посяганням на незалежність суддів. вплив на них під час прийняття рішень, оскільки за відсутності закріплених правил суддівської етики, притягнути до дисциплінарної відповідальності за їх порушення можна будь-якого суддю усіх ланок та інстанцій» [2, с.86].

А тому для вироблення чітких морально-етичних критеріїв оцінки поведінки суддів, як видається, слід законодавчо закріпити можливість використання практики Вищої кваліфікаційної комісії суддів та Вищої ради юстиції у дисциплінарних справах.

Аналогічним чином можна було б вирішити питання однакового застосування дисциплінарної відповідальності і за недотримання етичних правил поведінки професійними учасниками судового провадження – прокурорами та адвокатами.

Висновки і перспектива подальших розробок. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що судова культура та судова етика є необхідними передумовами реалізації засади гласності та відкритості кримінального провадження. Проведення судового розгляду в умовах високого рівня правової культури і професійної майстерності суддів та професійних учасників судового провадження, з дотриманням морально-етичних засад судової діяльності створює належні передумови для досягнення спеціальних завдань, які ставляться у ході реалізації положень засади гласності та відкритості кримінального провадження.

Процесуальна і загальна культура кожного судового процесу залежать від правової культури, професійного мистецтва, моральної зрілості судді та інших професійних учасників процесу. Естетична свідомість присутніх на судовому засіданні формується, головним чином, культурою судового процесу. Високі моральні якості судді та інших професійних учасників провадження можуть бути сильним впливовим стимулом для оточуючих, набуваючи об'єктивної можливості повторюватися у тій чи іншій мірі в інших людях.

Норми суддівської етики, розроблені й затверджені органами суддівського співтовариства, а також чіткі морально-етичні критерії оцінки поведінки суддів, вироблені на підставі рішень Вищої кваліфікаційної комісії суддів та Вищої ради юстиції у дисциплінарних справах, – це важливі орієнтири у професійній діяльності та позаслужбовій поведінці судді, які є дієвим механізмом забезпечення підзвітності суддів громадянському суспільству.

Література

1. Петрухин И.Л. Правовое государство и правосудие / И.Л. Петрухин // Советское государство и право. – 1991. – №1. – С. 19.
2. Музиченко А. Порушення правил суддівської етики – підстава дисциплінарної відповідальності судді: межі застосування / А. Музиченко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – № 87. – С.84-87.
3. Воспитательная роль социалистического правосудия / Под ред. А.Д. Бойкова, И. Нескулиса. – М.: Юрид.лит., 1982. – 184 с.
4. Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам / А.Д. Бойков. – М., 1978. – 176 с.
5. Бойков А.Д. Правовое воспитание в процессе правоохранительной практики / А.Д. Бойков // Организация и эффективность правового воспитания / Редкол.: Керимов Д.А., Кобец Н.Г., Мицкевич А.В., Сухарев А.Я. – М.: Мысль, 1983. – 285 с.
6. Горский Г.Ф. Судебная этика / Г.Ф. Горский, А.Д. Кокорев, Д.П. Котов. – Воронеж, 1973. – 271 с.
7. Грошевой Ю.М. Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие / Ю.М. Грошевой. – Харьков, 1986. – 184 с.
8. Леоненко В.В. Профессиональная этика участников уголовного производства / В.В. Леоненко. – К.: Наукова думка, 1981. – 164 с.

9. Ликас А.Л. Культура судебного процесса / А.Л. Ликас. – М., 1971. – 80 с.
10. Гласность судебной деятельности по уголовным делам / Отв. ред. В.В. Леоненко. – К.: Наук. думка, 1993. – 188 с.
11. Макарова З.В. Гласность уголовного процесса: монография / Под ред. З.З. Зинатуллина. – Челябинск: ЧГТУ, 1993. – 178 с.
12. Самсін І.Л. Порухення правил етики судді як дисциплінарний проступок / І.Л. Самсін // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 5(93). – С.35-38.
13. Завальнюк В.В. Правосуддя в Україні: антропологічний вимір / В.В. Завальнюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – № 64. – С.16-21.
14. Городовенко В.В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні: монографія / В.В. Городовенко. – К.: Фенікс, 2007. – 224 с.
15. Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації: монографія / С.В. Подкопаєв. – Х.: ВД «ІНЖЕК», 2003. – 206 с.
16. Овчаренко О.М. Роль суддівської етики в регламентації професійної діяльності судді: питання теорії і практики / О.М. Овчаренко // Вісник вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2013. – № 2. – С. 23-31.
17. Кобликов А.С. Юридическая этика: учебн. пособ. / А.С. Кобликов. – М: НОРМА-ИНФА*М, 2000. – 254 с.
18. Радутная Н.В. Этика судьи: монография / Н.В. Радутная. – М.: Рос. акад. правосудия, 2001. – 243 с.
19. Кравцов Б. Авторитет суда: Юридические диалоги / Б. Кравцов, Ю. Феофанов // Юридические диалоги. – Известия. – 1986. – 27 августа.
20. Кримінальний процес України: Підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – К.: Либідь, 1999. – 536 с.
21. Строгович М.С. Независимость судей и народных заседателей и подчинение их только закону / М.С. Строгович // Конституционные основы правосудия в СССР / Под ред. В.М.Савицкого. – М.: Наука, 1981. – 360 с.
22. Молдован В.В. Судова риторика. Навчальний посібник / В.В. Молдован. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 496 с.
23. Общественные и личные интересы в уголовном судопроизводстве / Под ред. проф. Л.Д. Кокорева. – Воронеж, 1984. – 159 с.
24. Котов Д.П. Вопросы судебной этики / Д.П. Котов // Новое в жизни, науке, технике. Серия «Этика». – № 2. – М.: Знание, 1976. – 64 с.
25. Ароцкер Я.Е. Тактика и этика судебного допроса / А.Е. Ароцкер. – М.: Юрид. лит., 1969. – 120 с.
26. Строгович М.С. Проблемы судебной этики / М.С. Строгович. – М.: Право, 1974. – 272 с.
27. Громадська довіра: неупереджене правосуддя та юстиція / Матеріали українсько-канадської конференції 1-3 жовтня 1997 року. – К.: Українська Правнича Фундація, 1999. – 116 с.
28. Вища рада юстиції. Офіційний сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://www.vru.gov.ua/content/statistics/infresultvru.pdf>.

29. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41-42, № 43, № 44-45. – ст. 529 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.

30. Кодекс суддівської етики : затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: [http://court.gov.ua/userfiles/Kodex%20sud%20etiki\(1\).pdf](http://court.gov.ua/userfiles/Kodex%20sud%20etiki(1).pdf).

31. Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15.01.1998 р. № 22/98-ВР // // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 25. – ст. 146 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/22/98>.

Анотація

Король В.В. Судова культура та судова етика як важливі передумови забезпечення засади гласності і відкритості судового провадження. – Стаття.

У статті досліджуються судова культура та судова етика як необхідні передумови реалізації засади гласності і відкритості кримінального провадження, підкреслено їх значення для забезпечення цієї засади та проведено загальний огляд елементів культури судової діяльності. Автором вносяться окремі пропозиції щодо підвищення рівня культури судових процесів та вироблення чітких морально-етичних критеріїв оцінки поведінки суддів.

Ключові слова: судова культура; судова етика; гласність і відкритість судового провадження; морально-етичні критерії оцінки поведінки судді.

Аннотация

Король В.В. Судебная культура и судебная этика как важные предпосылки обеспечения принципа гласности и открытости судебного производства. – Статья.

В статье исследуются судебная культура и судебная этика как необходимые предпосылки реализации принципа гласности и открытости уголовного производства, подчеркнута их значение для обеспечения этого принципа и проведен общий обзор элементов культуры судебной деятельности. Автором вносятся отдельные предложения по повышению уровня культуры судебных процессов и выработки четких морально-этических критериев оценки поведения судей.

Ключевые слова: судебная культура; судебная этика; гласность и открытость судебного производства; морально-этические критерии оценки поведения судьи.

Summary

Korol V.V. The Judicial Culture and Judicial Ethics as Important Precondition for the Principles of Transparency and Openness of the Proceedings. – Article.

The article explores the judicial culture and judicial ethics as prerequisites of implementation of the criminal proceedings transparency and openness principles. It is emphasized their importance to ensure the principles and conducted a general overview of the culture judicial activities elements. The author makes specific proposals to promote the culture of litigation and develop clear ethical criteria of evaluating judicial conduct.

Key words: judicial culture; judicial ethics; the transparency and openness of the proceedings; the ethical criteria of human conduct evaluation.



УДК 343.123.5

Б.Е. Маїлунц

аспірантка кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

КРИМІНАЛЬНЕ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ЯК ФУНКЦІЯ ПРОКУРОРА НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ПРОБЛЕМИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ

Постановка проблеми. Норми Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) визначають функцію, яка має бути реалізована прокурором на досудовому розслідуванні. Зокрема, у ч. 2 ст. 36 КПК України визначається, що прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Згідно із Законом України «Про прокуратуру» (далі – ЗУ «Про прокуратуру») від 14.10.2014 р. на прокуратуру покладені наступні функції:

1. підтримання державного обвинувачення в суді;
2. представництво інтересів громадянина і держави в суді у випадках, визначених Законом;
3. нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;
4. нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у

кримінальних справах, а також при застосуванні заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Виходить, що закон на стадії досудового розслідування обмежує прокуратуру функцією наглядом за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, не передбачаючи інших функцій, у тому числі й кримінального переслідування. Однак аналіз повноважень прокурора за КПК України показує, що його функції виходять за межі лише здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Дану проблему аналізували та досліджували такі вчені, як Ю.П. Аленін, Є.Д. Болтошев, О.В. Воронін, В.О. Гринюк, Л.Р. Грицаєнко, Ю.М. Грошевий, Л.М. Давиденко, В.В. Долежан, І.В. Єна, О.Д. Жук, В.С. Зеленецький, М.П. Кан, Ю.В. Козубенко, І.М. Козьяков, Г.М. Корольов, М.В. Косюта, Т.О. Лоскутов, В.В. Луцик, Р.В. Мазюк, Г.А. Мовчан, Ю.Є. Полянський, М.М. Руденко, Г.П. Середа, М.С. Строгович, О.П. Толочко, О.О. Тушев, О.Г. Халіулін, Н.І. Щегель, В.М. Юрчишин та ін.

Метою статті є дослідження та визначення функцій, які покладені на прокурора у досудовому розслідуванні.

Виклад основного матеріалу. Кримінальне переслідування окремо не зазначено ані у ЗУ «Про прокуратуру» як функція прокуратури, ані у КПК України як кримінально-процесуальна функція прокурора. Проте, вказаний термін міститься у Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 08.04.2008 р. № 311/2008, де воно сформульовано як виключна процесуальна функція прокурора, яка полягає у висуненні від імені держави обвинувачення, направленні кримінальної справи до суду, підтриманні державного обвинувачення в суді, участі у перегляді судових рішень у кримінальних справах в апеляційній та касаційній інстанціях. В даному випадку, кримінальне переслідування ототожнюється з поняттям «обвинувачення», проте ми не будемо співвідносити ці дві категорії, тому що це є темою для окремого і самостійного дослідження.

Рекомендації R (2000)19 Комітету міністрів держав-членів Ради Європи «Про роль прокуратури в системі кримінального правосуддя» від 14.10.2000 р., містять термін «кримінальне переслідування», зокрема, визначається, що прокурори в усіх системах кримінального правосуддя вирішують питання про відкриття або продовження кримінального переслідування.

Перед тим, як перейти до дослідження питання, чи здійснює прокурор кримінальне переслідування на досудовому розслідуванні, і чи варто закріплювати його на законодавчому рівні, слід спочатку звернутися до дефініції «кримінальне переслідування».

Якщо звернутися до етимології цього терміну, то за Тлумачним словником С.І. Ожегова «переслідувати» визначається як «слідувати, гнатися за ким-небудь з метою впіймати» [1].

Визначення кримінального переслідування міститься у ряді кримінальних процесуальних кодексів.

У п.55 ч.1 ст. 5 КПК Російської Федерації (далі – КПК РФ) надається визначення терміна «кримінальне переслідування», зокрема, зазначається, що це є процесуальна діяльність, яка здійснюється стороною обвинувачення з метою викриття підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні злочину. У п. 45 ч.1 ст. 5 КПК РФ вказується, що стороною обвинувачення є прокурор, а також слідчий, керівник слідчого органу, дізнавач, приватний обвинувач, потерпілий, законний представник і представник, цивільний позивач і його представник. Отже, кримінальне переслідування покладається на прокурора, що також підтверджується ч.1 ст. 21 КПК РФ.

П.48 ч.1 ст. 6 КПК Республіки Білорусь також закріплює категорію кримінального переслідування, розглядаючи її як процесуальну діяльність, яка здійснюється органом дізнання, дізнавачем, слідчим, прокурором, приватним обвинувачем з метою встановлення факту і обставин вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом, і особи, яка його вчинила, а також для забезпечення застосування до такої особи покарання або інших заходів кримінальної відповідальності або примусових заходів безпеки і лікування. Як випливає із визначення, прокурор наділяється рядом

повноважень, що направлені на встановлення факту і обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом, і особи, яка його вчинила, а також для забезпечення застосування до такої особи покарання або інших заходів кримінальної відповідальності або примусових заходів безпеки і лікування, що і визнається КПК Республіки Білорусь кримінальним переслідуванням.

У ч.1 с. 34 КПК Республіки Білорусь вказується, що прокурором є посадова особа, яка в межах своєї компетенції здійснює від імені держави кримінальне переслідування і підтримує державне обвинувачення в суді, а в частині другій цієї статті йдеться про те, що при здійсненні своїх повноважень з нагляду за виконанням законів на стадіях досудового провадження прокурор незалежний і підкоряється лише закону. В даному випадку, законодавець, даючи тлумачення того, хто являється прокурором, робить акцент і віддає перевагу функції кримінального переслідування. Проте, не заперечуючи наглядові повноваження останнього.

П. 37 ч.1 ст. 6 КПК Республіки Молдова визначає прокурора як посадову особу, яка в межах своєї компетенції здійснюють від імені держави кримінальне переслідування і підтримує державне обвинувачення в суді.

У п. 23 ч. 1 ст. 10 Модельного кримінального процесуального кодексу держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав (далі – Модельний КПК) від 17.02.1996 р. «кримінальне переслідування» розкривається як процесуальна діяльність, яка здійснюється стороною обвинувачення з метою встановлення діяння, забороненого кримінальним законом, і особи, яка його вчинила, винності останньої у вчиненні злочину, а також для забезпечення застосування до такої особи покарання чи інших примусових заходів. П. 25 ч. 1 ст. 10 зазначає, що стороною обвинувачення є органи кримінального переслідування, а також потерпілий (приватний обвинувач), цивільний позивач і їх законні представники і представники. В наступному пункті цієї ж частини розкривається термін «органи кримінального переслідування», до якого Модельний КПК відносить прокурора(державного обвинувача), слідчого

та дізнавача. Отже, в даному випадку, прокурор також визначається як суб'єкт кримінального переслідування.

Кримінальний процесуальний кодекс Республіки Казахстан 2014 року також закріпив категорію «кримінальне переслідування», проте в дужках містить термін «обвинувачення», очевидно, що ці дві категорії ототожнені, яке роз'яснюється як процесуальна діяльність, яка здійснюється стороною обвинувачення з метою встановлення діяння, забороненого законом і особи, що його вчинила, винності останньої у вчиненні кримінального правопорушення, а також для забезпечення застосування до такої особи покарання чи інших заходів кримінально-правового впливу. «Сторона обвинувачення» та «орган кримінального переслідування» розуміються так само як і у Модельному КПК, тому і в даному випадку, прокурор наділений повноваженнями із здійснення кримінального переслідування.

Досить обґрунтовано визначає кримінальне переслідування А. Лапкін, розглядаючи його у широкому та вузькому розумінні.

Кримінальне переслідування у широкому розумінні охоплює діяльність щодо встановлення обставин, факту та події злочину, особи, яка вчинила злочинне діяння, викриття особи чи осіб винних у вчиненні злочину та притягнення їх до кримінальної відповідальності, тобто уся процесуальна діяльність по кримінальній справі. У вузькому розумінні, кримінальне переслідування є кримінально-процесуальною діяльністю обвинувачення конкретної особи у вчиненні злочину [2, с. 53]. Зокрема, яскравим прикладом широкого розуміння вищевказаного поняття міститься в КПК Республіки Білорусь, а вузьке розуміння в КПК РФ.

На нашу думку, доцільніше розглядати кримінальне переслідування у вузькому розумінні, а саме як кримінально-процесуальну діяльність обвинувачення конкретної особи у вчиненні злочину, тобто процесуальну діяльність із викриття конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Існують різні доктринальні визначення поняття «кримінальне переслідування», проте хотілося б звернутися до визначення, яке надав М.С. Строгович, зокрема, він вказував, що «кримінальне переслідування» у радянському кримінальному процесі є діяльністю слідчого (органу

дізнання) та прокурора по відношенню до конкретної особи, притягнутої до кримінальної відповідальності у якості обвинуваченого, направлена на те, щоб викрити цю особу у вчиненому злочині, довести його винність, забезпечити застосування до неї заслуженого покарання [3, с. 65]. В даному випадку, вказане визначення ґрунтується на вузькому тлумаченні категорії «кримінальне переслідування» і одним з суб'єктів такої діяльності визнається прокурор.

Позиція стосовно того, що прокурор у досудовому розслідуванні за КПК України 2012 року виконує функцію кримінального переслідування підтримує певна група українських вчених [4, с. 10; 5, с. 333].

Л.А. Легеза підтримується точки зору, яка полягає у тому, що усі повноваження прокурора, які закріплені у ст. 36 КПК України є засобами здійснення кримінального переслідування [6, с. 8]. З даного приводу, Ю.П. Алєнін зазначає, що усі повноваження, які закріплені у ч.2 ст. 36 КПК України, які отримали назву «процесуальне керівництво», по суті своїй, є нічим іншим, як одним із засобів здійснення кримінального переслідування [7, с. 109-110].

З урахуванням викладеного, на нашу думку, кримінальне переслідування слід розглядати як процесуальну діяльність уповноважених законом органів та осіб, яка полягає у здійсненні процесуальних дій, направлених на викриття конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення, які охоплюють такі дії і рішення як повідомлення про підозру, зміна повідомлення про підозру, проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій після повідомлення про підозру, складання обвинувального акту, підтримання державного обвинувачення прокурором, підтримання у передбачених законом випадках обвинувачення потерпілим, його представником та законним представником, а також діяльність прокурора, а у передбачених законом випадках і потерпілого, його представника та законного представника, при перегляді судових рішень, з метою застосування до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення заходів кримінально-правового характеру.

Якщо проаналізувати кримінальні процесуальні кодекси тих, країн, які закріплюють термін «кримінальне переслідування», то основним суб'єктом на якого покладено цю функцію є прокурор (наприклад, КПК РФ, КПК Республіки Білорусь, КПК Республіки Таджикистан, КПК Республіки Вірменія, КПК Туркменістану, КПК Республіки Казахстан, тощо).

Центральним положенням є те, що кримінальне переслідування у діяльності прокурора на стадії досудового розслідування має виражатися у його діяльності із проведення дій та прийняття рішень, спрямованих на викриття конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Якщо проаналізувати ч. 2 ст. 36 КПК України, то такі повноваження, які там закріплені, зокрема: у необхідних випадках особисто проводити слідчі (розшукові) дій, негласні слідчі(розшукові) дії; самостійно подавати до слідчого судді клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій; повідомляти особі про підозру, самостійно складати обвинувальний акт чи клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, тощо навряд чи можна віднести до наглядових. Адже такі дії і рішення спрямовані на викриття особи, яка вчинила кримінальне правопорушення і, безпосередньо, охоплюються терміном «кримінальне переслідування». Що стосується таких повноважень як затверджувати чи відмовляти у затвердженні обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, а також погоджувати повідомлення про підозру, що передбачено ч. 1 ст. 277 КПК України, то в даному випадку, вказані документи містять тезу, яка ґрунтується на обвинуваченні особи у вчиненому кримінальному правопорушенні, тому не зрозуміло чому вказані повноваження були долучені до наглядових.

Проте в даному переліку повноважень, містяться й ті, що дійсно спрямовані на реалізацію саме нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва, а саме: мати повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування; доручати

слідчому, органу досудового розслідування проведення досудового розслідування а також проведення у встановлений ним (прокурором) строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих(розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних (слідчих) розшукових дій відповідним оперативним підрозділам; приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України, у тому числі продовження строків досудового розслідування за наявності підстав, передбачених КПК України; погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК України.

В даному випадку, постає питання, чому ці дві групи повноважень об'єднані в одній статті, та й ще категорією «процесуального керівництва». Вбачається, що законодавець виходив з того, що наглядова функція прокурора є ширшою за об'ємом і змістом і включає в себе функцію кримінального переслідування. З цього приводу О.В. Воронін зазначає, що в кожному конкретному прокурорському повноваженні можна вирізнити як елемент нагляду, так і елемент кримінального переслідування чи обвинувачення [8, с. 25].

Тому було б доречним доповнити ст. 36 КПК України ще однією частиною, яка б передбачала повноваження прокурора, які мають реалізовуватися в межах функції кримінального переслідування як на стадії досудового розслідування, так і на наступних стадіях кримінального процесу, тим самим виключити повноваження з кримінального переслідування, які зазначені у ч. 2 ст. 36 КПК України. Так, пропозиції внести зміни до ст. 36 КПК України вже висловлені у літературі [9, с.53-54; 10, с. 42].

Досліджуючи сутність кримінального переслідування, М.С. Строгович зазначав, що прокурор на попередньому слідстві є органом кримінального переслідування в силу того, що він керує попереднім слідством і здійснює нагляд за його проведенням, а тому сам порушує кримінальне переслідування, дає слідчому вказівки про його

проведення, а іноді й сам проводить попереднє слідство за справою [3, с. 97]. Проте, таке тлумачення і розуміння викликає багато питань, адже воно поєднує майже усі напрямки діяльності прокурора на досудовому розслідуванні, а саме кримінальне переслідування, процесуальне керівництво, нагляд за законністю здійснення досудового розслідування.

Проте не можна стверджувати, що на досудовому розслідуванні ці дві функції ніяким чином не взаємодіють. Навпаки, саме на стадії досудового розслідування прослідковується їх взаємозв'язок, зокрема забезпечення дотримання положень закону органами, що здійснюють кримінальне провадження, тощо, прокурор сприяє досягненню мети кримінального переслідування – викриття особи у вчиненні кримінального правопорушення, при цьому використовуючи ті повноваження, які охоплюються функцією кримінального переслідування.

При цьому, в даному випадку, слід говорити про «сприяння» і ні в якому разі мова не може йти про їх остаточне ототожнення під єдиною категорією, як це зроблено у ч.2 ст. 36 КПК України.

Прокурор являється центральною фігурою при здійсненні кримінального переслідування на досудовому розслідуванні, адже від нього залежить хід і напрямок усього провадження, а також прийняття важливих для кримінального провадження рішень і вчинення дій, що спрямовані на викриття особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Висновки дослідження. Отже, повноваження прокурора, які закріплені в КПК України, зокрема, на стадії досудового розслідування і спрямовані на реалізацію функції кримінального переслідування, слід окремо закріпити і регламентувати у КПК України. Крім того, враховуючи досвід зарубіжних країн, а також рекомендації європейської спільноти, доцільним є на законодавчому рівні закріпити термін «кримінальне переслідування».

Література

1. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ozhegov.com/words/26558.shtml>
2. Лапкін А. Кримінальне переслідування – перспективна функція прокуратури України / Лапкін А. // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011.- № 1. – С. 52-57

3. Строгович М.С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе / М.С. Строгович. – М.: Изд-во АН СССР, 1951. – 184 с.
4. Єна І.В. Кримінальна процесуальна компетенція прокурора у досудовому провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / І.В. Єна. – Київ, 2014. -20с.
5. Крайнюк В.Г. Кримінально-процесуальні функції прокурора / В.Г. Крайнюк // Форум права. – 2012. - №3. – С. 331-336.
6. Легеза Л.А. Процесуальні та тактичні питання підтримання державного обвинувачення у справах про хабарництво: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09 / Л.А. Легеза. – Київ, 2013. – 20 с.
7. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. – Х.:Одіссей, 2013. – 1104 с.
8. Воронин О.В. Прокурорское уголовное преследование в различных стадиях и производствах отечественного уголовного процесса // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. №1(7). – С. 24 - 32.
9. Полянський Ю. Роль прокурора у досудовому кримінальному провадженні за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / Ю. Полянський, В. Долежан // Юридичний вісник. – 2013. - №3. – С. 52-58.
10. Косюта М. Актуальні проблеми реалізації повноважень прокурора у кримінальному провадженні / М. Косюта // Вісник прокуратури. – 2013. – №12. – С. 41-49.

Анотація

Маїлуц Б. Е. Кримінальне переслідування як функція прокурора на стадії досудового розслідування: проблеми ідентифікації. – Стаття.

Стаття присвячена визначенню функції прокурора на досудовому розслідуванні. На підставі даного дослідження встановлена необхідність законодавчого закріплення функції кримінального переслідування, яка здійснюється прокурором на стадії досудового розслідування.

Ключові слова: кримінальне переслідування, прокурор, наглядова функція прокурора, досудове розслідування, процесуальне керівництво.

Аннотация

Маїлуц Б.Е. Уголовное преследование как функция прокурора на стадии предварительного расследования: проблемы идентификации. – Статья.

Статья посвящена определению функции прокурора на досудебном расследовании. На основании данного исследования установлена необходимость законодательного закрепления функции уголовного преследования, которая осуществляется прокурором на стадии досудебного расследования.

Ключевые слова: уголовное преследование, прокурор, надзорная функция прокурора, досудебное расследование, процессуальное руководство.

Summary

Mailunts B.E. Prosecution as a Function of the Prosecutor During Preliminary Investigation: Problems of Identification. – Article.

The article is devoted to the definition of the functions of the Prosecutor at the pretrial investigation. Based on this study the necessity of legislative fixation of the function of prosecution, exercised by the prosecutor during preliminary investigation, is proved.

Keywords: criminal prosecution, prosecutor, supervises the prosecutor, preliminary inquiry, procedural guidance.



УДК 343.13

О.В. Малахова

аспірант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

ІСТОРИЯ РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ FAVOR DEFENSIONIS

Постановка проблеми. Тенденція реформування кримінального процесуального законодавства більшості країн світу, в тому числі й України, спрямована на розширення основ змагальності у кримінальному судочинстві та забезпечення рівності сторін. Але у кримінальному процесі рівність сторін не означає їх повної рівноправності, така рівність є процесуальною, що не потребує наділення сторін однаковими процесуальними правами, але вимагає забезпечення балансу процесуальних можливостей сторін кримінального провадження. Досягнути процесуальну рівність у кримінальному судочинстві можливо за допомогою функціонування favor defensionis, що з перекладу з латинського означає «сприяння захисту». Зазначимо, що на необхідність існування у кримінальному процесі favor defensionis вказує Європейський суд з прав людини, зазначаючи, що у реальності рівність не є абсолютною, це поняття відносне, оскільки неможливо виключити різницю в повноваженнях учасників, і особливо в їх фактичному становищі, що впливає з різниці їх можливостей. Подібне нерівне становище може бути до певної міри компенсовано додатковими

гарантіями для більш слабкої сторони т.зв. *favor defensionis* [1, с. 33]. *Favor defensionis*, наділяючи сторону захисту додатковими, винятковими права та перевагами, спрямований на урівноваження комплексу прав та можливостей сторін для відстоювання власних тверджень і заперечення доводів свого опонента.

Стан дослідження. До проблеми реалізації *favor defensionis* у кримінальному провадженні зверталися такі науковці, як: Р.В. Багдасаров, Л.Є. Владіміров, К.Б. Каліновський, Є.О. Карякін, І.І. Когутич, О.М. Ларін, Т.А. Лотиш, В.В. Молдован, А.І. Макаρκін, І.Б. Михайловська, М.А. Міхеєнкова, В.О. Попелюшко, О.В. Смірнов, В.К. Случевський, Ю.І. Стецовський, М.С. Строгович, І.Я. Фойніцький, Б.І. Яворський, О.Г. Яновська та інші.

Метою статті є аналіз стану наукової розробленості теорії *favor defensionis* та визначення подальших напрямків дослідження даного поняття.

Виклад основного матеріалу. Більшість науковців, які досліджували реалізацію *favor defensionis* у кримінальному судочинстві, констатують його давнє походження. Так, Е.О. Карякін та І.Л. Петрухін зазначають, що правило «*favor defensionis*» сформувалось ще в Стародавньому Римі та дотримується понині в цивілізованому судочинстві [2; 3, с. 118]. І.Ю. Гловацький та Т.А. Лотиш вказують лише, що дане правило відоме ще з сивої давнини, не вдаючись до деталізації його походження [4, с. 123; 5, с. 104]. Зазначимо, що ряд юридичних переваг сторони захисту, які є елементи *favor defensionis*, дійсно були закріплені ще у римському праві, наприклад, було встановлено правило відповідно до якого обвинуваченому надалося на третину більше часу для промови у суді, аніж обвинувачу [6, с. 40]; якщо при підрахунку голосів присяжних у суді – голоси розподіляли порівну, то обвинувачений вважався виправданим [7, с. 48]. Але погоджуємося з М.А. Міхеєнковою, яка вказує, що будь-яких підстав стверджувати, що термін «*favor defensionis*» був притаманний власне римському кримінальній процесові, у нас немає. Більш точним буде твердження, що аналізований термін був вироблений в ході рецепції римського права в першу чергу німецькими

процесуалістами, що спиралися передусім на дух римського права, хоча і не без урахування сучасних їм реалій кримінального процесу [8, с. 21].

Зі становленням інквізиційного процесу у кримінальному судочинстві країн світу виник значний науковий інтерес до *favor defensionis*, який розглядався процесуалістами як засіб компенсації недоліків формальної системи доказів та інквізиційних основ у кримінальному процесі, що перетворили обвинуваченого з суб'єкт, а на об'єкт кримінально-процесуальних відносин та нівелювали його право на захист.

Німецький процесуаліст Бенедикт Карпцов був один із перших науковців, що вказував на необхідність існування в інквізиційному кримінальному процесі *favor defensionis*, як принцип «найбільшого сприяння захисту», що гарантував права обвинуваченого у зв'язку з застосуванням до нього катування [9]. Науковець вказував на можливість подання виправдувальних доказів на будь-яких стадіях кримінального процесу, в тому числі і після винесення обвинувального вироку, його вступу в силу і звернення до виконання. Крім того, Б. Карпцов зазначав, що сприяння захисту створює різні правила допустимості та недопустимості, отже й оцінки доказової сили, для обвинувальних і виправдувальних доказів [8, с. 22-23].

Інший процесуаліст Карл Міттермайер, який досліджував кримінальне судочинство Німеччину у XIX сторіччі, *favor defensionis* визначав як особливі переваги захисту. Але науковець висловлювався проти надання захисту права представлення доказів без дотримання правил, які забезпечують юридичну достовірність та зазначав, що при визначенні дійсної сили і ступеня досконалості доказів захисту слід керуватися тими ж правилами, які існують для оцінки доказів обвинувачення. Тим не менш, К. Міттермайер визнавав за захистом особливі переваги, що полягали в наступному: всі припущення завжди трактуються на користь невинуватості підсудного; при однаковому ступені достовірності, свідки, які говорять на користь обвинуваченого, мають перевагу перед тими, що свідчать проти нього; недотримання законних вимог у провадженні судових діях служить засобом захисту, і при оцінці доказів приймається за основу для полегшення долі

обвинуваченого; для виправдання обвинуваченого достатньо лише ймовірності доказів наданих ним; у всіх сумнівних випадках, перевага надається висновку, що більш сприятливий для обвинуваченого [10, с. 53-54].

Протягом ХІХ століття в більшості європейських держав відбулося реформування кримінального процесуального законодавства на основі демократичних принципів. Так, відбулася поступова відмова від системи формальних доказів, гарантувалось обвинуваченому права на захист, забезпечувалася незалежність судової влади, запроваджувалась змагальність у судовому провадженні.

Реформи не обминули й Україну, яка на той час була у складі Російської імперії. У 1864 році було проведено судову реформу, яка запровадила в Росії процес слідчо-обвинувальний [7, с. 91].

Статут кримінального судочинства 1864 року значно розширював права обвинуваченого у кримінальному судочинстві. Після проведення судової реформи 1864 року вітчизняні дореволюційні процесуалісти звернули увагу на особливості реалізації *favor defensionis* в кримінальному судочинстві Російській імперії.

За словами І.Я. Фойніцького поступово виявляється необхідність державної допомоги для сторони обвинуваченої зважаючи на те, що державний інтерес правосуддя не мириться з осудом невинних, а також й необхідності процесуальної рівноправності сторін. Ця допомога не встигла ще зробитися настільки повною, як допомога обвинуваченню, але в сучасному кримінальному процесі помічаються вже виразні її початки. Сюди відноситься також і правила, що сприяють обвинуваченому (*favor defensionis*). До них науковець відносить наступні правоположення: кожен вважається невинним, доки протилежне не доведене; мовчання підсудного не повинно сприйматися за визнання ним своєї вини; на суді право останнього слова належить підсудному або його захиснику; при поділі голосів суддів або присяжних засідателів віддається перевагу тому з рівносильних думок, яке поблажливе до підсудного; виправдувальні вирокі виконуватися швидше, і за силою своєї вони міцніші вироків обвинувальних [11, 12].

Л.Є. Владіміров розглядав реалізацію *favor defensionis* в доказовому праві, розуміючи під ним більш сприятливу умову виправдувального доказу. Науковець вказує, що виправдувальні докази, які надані підсудним, на відміну від обвинувальних, повинні бути настільки достовірні, щоб була представлена лише їх вірогідність, тим часом як обвинувальні докази повинні відповідати ступеню кримінально-судової достовірності. Держава, що є обвинувачем, має довести винність підсудного. Підсудний нічого не зобов'язаний доводити. Будь-який сумнів у винуватості підсудного тлумачиться на його користь [12, с. 50].

На переконання В.К. Случевского *favor defensionis* є певним правилом, що зобов'язує суд надавати переваги захистові перед обвинуваченням. Це правило знаходить свій прояв в тому, що суд змушений здійснювати такі процесуальні дії, які по своїй природі не допускають повторення, а звідси впливає неминучість порушення принципу рівноправності сторін, наданням одній стороні таких способів дій, які не можуть вже бути надані іншій. В силу цього правила, наприклад, захисту завжди надається право на останнє слово. Науковець також визнавав, що *favor defensionis* проявляє свою дію в тому, що обвинувач зобов'язаний довести судову достовірність своїх доказів, а захист же лише правдоподібність щодо своїх. Це правило проявляє свою дію і після постановлення вироку, тобто в період його оскарження. На переконання В.К. Случевского в процесуальному відношенні *favor defensionis* проявляється також в наступному: в інтересах підсудного встановлюється інститут обов'язкового захисту, що призначається судом; в колективному суді при рівності суддівських голосів надається перевага найбільш сприятливому для підсудного висновку і при відновленні справи приводи до відновлення є ширші і сприятливіші для інтересів захисту, ніж для інтересів обвинувачення [13, с. 70-71].

Можемо зробити висновок, що вітчизняні дореволюційні процесуалісти розуміли *favor defensionis* як певну сукупність виняткових прав та переваг сторони захисту, призначення яких спрямоване на забезпечення процесуальної рівноправності сторін в кримінальному судочинстві Російській імперії.

Після революційних подій 1917 року відбуваються значні зміни в

кримінальному процесуальному законодавстві, що були обумовлені політичним режимом, який склався та той час. Поступова відмова від демократичних засад почалася в другій половині 20-х років, починаю з прийняття Положення про народні суди РСФСР від 30 листопада 1918 року, і остаточно закінчилися в 30-ті роки зі створенням авторитарного політичного режиму. Отже, починаю з першої половини ХХ сторіччя і до 80-х років було призупинено наукове дослідження реалізації *favor defensionis* в кримінальному провадженні.

Favor defensionis знову стає об'єктом наукового дослідження з поступовим запровадженням демократичних начал в радянське кримінальне судочинство. Це пов'язано з прийняттям в 1958 році Основ кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік, що чітко закріпили лінію на подальше розширення і охорону прав особи в радянському кримінальному процесі.

Так, М.С. Строгович слушно зазначав, що у захисту є деякі переваги, додаткові права, у порівнянні з прокурором – державним обвинувачем, що має назву – *favor defensionis*. На думку науковця *favor defensionis* включає такі правові положення, як: право підсудного та його захисника завжди говорити, заявляти, пояснювати після прокурора; прокурор зобов'язаний доводити увесь зміст обвинувачення, всі обставини, що його стосуються, підсудний та його захисник мають право брати участь у доказуванні, якщо вважають це за необхідним, але обов'язку доказування на них не покладається [14, с. 48].

О.М. Ларін та Ю.І. Стецовський до змісту *favor defensionis*, окрім вищевказаних правових положень, додатково відносили: можливість висувати нову версію захисту, яка на попередньому слідстві не фігурувала; при постановленні судового рішення, якщо є розбіжності поміж суддівських думок, рішення необхідно приймати те, яке найбільш сприятливе підсудному; правило відповідно до якого при виправданні підсудного, або звільнення його від покарання або від відбування покарання, або в разі засудження його до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, суд, в разі знаходження підсудного під вартою, звільняє його негайно в залі судового засідання, також підсудний негайно

звільняється з-під варті, якщо справа підлягала закриттю, й у разі наданні відстрочки виконання вироку [15, с. 117-119].

Можемо констатувати, що внаслідок проведення демократичний реформ, які запровадили змагальність у радянському кримінальному процесі, *favor defensionis* привернув увагу процесуалістів. Радянські науковці розглядали *favor defensionis* так само, як і дореволюційними процесуалісти, – як засіб, що покликаний забезпечити процесуальну рівноправність сторін. Варто зазначити, що радянські науковці, як і їх попередники, досліджували реалізацію *favor defensionis*, здебільшого, у судовому провадженні.

На сьогоднішній день у зв'язку зі розширенням основ змагальності у кримінальному провадженні дедалі більше науковців звертають увагу на необхідність існування певних переваг сторони захисту у кримінальному процесі, однак здебільшого обмежуються лише згадкою про нього, не здійснюючи комплексне дослідження даного поняття.

Варто зазначити, що у науковій літературі немає єдності думок щодо назви терміну «*favor defensionis*». Для позначення даного поняття вживається: «виключні права захисту» [16, с. 47; 13, с. 70], «сприяння захисту» [17, с. 23; 15, с. 117], «переваги захисту» [18, с. 43]. Крім того «*favor defensionis*» розуміється науковцями як окреме правило кримінального судочинства [5, с. 104; 19], як принцип кримінального процесу [20, с. 18; 17, с. 23; 21, с. 7], як окремий інститут кримінального процесуального права [22, с. 27] або як правова конструкція [8, с. 52]. Зазначимо, що науковці також по-різному визначають зміст *favor defensionis*.

За словами І.Л. Петрухіна, *favor defensionis* обумовлює наступні правові положення: визнання за неможливим оголошувати в суді показань обвинуваченого, даних під час досудового провадження за відсутності захисника, включаючи випадки відмови від захисника, і не підтверджених обвинуваченим в судову провадженні, такі показання визначаються недопустимим доказом; право суду ініціювати питання щодо визнання доказ недопустимим; покладання тягаря спростування доводів захисника на прокурора; черговість виступу сторін в судових дебатах; неможливість оскарження виправдувального вироку, що

постановлений судом присяжних [3, с. 84, 88, с. 98].

На переконання Р.В. Багдасарова, переваги захисту своїм змістом охоплюють наступні напрямки кримінально-процесуальної діяльності: наділення захисту винятковими правами, забезпечення права обвинуваченого на захист, додаткове гарантування цих переваг (тлумаченням сумнівів на користь обвинуваченого і презумпцією невинності) [20, с. 17-18].

Досліджуючи вплив *favor defensionis* на процес доказування, І.Б. Михайловська до правила сприяння захисту включає наступні елементи: покладання обов'язку доказування обставин, що входять до предмету доказування, а також спростування доводів, наведених у захист підозрюваного або обвинуваченого, на сторону обвинувачення; наявність різних вимог до виправдувального та обвинувального вироків; можливість обвинуваченого обирати форму судового розгляду; можливість обвинуваченого впливати на вирішення кримінально-правового конфлікту (наприклад, закриття кримінальної справи за примиренням); всі нововведення, які в тій чи іншій мірі скорочують переваги органів кримінального переслідування, а також сприяють рівновіддаленість суду від обвинувачення та захисту (наприклад, ліквідування інституту повернення справи на додаткове розслідування); асиметрія правил допустимості доказів; черговість подання доказів в судовому розгляді; право підсудного давати показання в будь-який момент судового слідства; право захисника першим допитувати викликаних по його ініціативою свідків і експертів; черговість виступів у дебатах, а також надання підсудному останнього слова [17, с. 138-157].

Вперше на дисертаційному рівні *favor defensionis* був комплексно досліджений Б.І. Яворським, який розглянув сприяння захисту як необхідну умову забезпечення функціонування засади змагальності у кримінальному судочинстві. І. Яворський визначає *favor defensionis* (сприяння захисту), як окремий інститут кримінального процесу, змістом якого є система правових норм та правоположень, що впливають з них, покликаних компенсувати відсутність у сторони захисту (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, їх захисника та

законного представника) тих прав, якими наділені суб'єкти владних повноважень зі сторони обвинувачення, і за допомогою яких забезпечується в цілому функціонування засади змагальності у кримінальному судочинстві. Правоположення, які становлять зміст інституту сприяння захисту, пропонуємо об'єднати у три групи: 1) виняткові права захисту; 2) засади, які сприяють захисту; 3) інші положення, що сприяють стороні захисту [22, с. 27-28]. Однак це дослідження було здійснено на основі КПК України 1960 р.

Пізніше М.А. Міхеєнкова у своїй дисертаційній роботі дослідила сприяння захисту (*favor defensionis*) та його прояв в сучасному кримінальному процесі. На думку науковця, сприяння захисту, складає процесуальну конструкцію, під якою слід розуміти концепцію, згідно з якою права захисту як більш слабкої сторони повинні бути додатково гарантовані законодавцем понад механічного зрівнювання повноважень. Ця конструкція виражається в загальному вимозі до кримінального процесу, що впливають на всі його інститути і на саме його побудова, і не може бути зведена до механічної сукупності будь-яких додаткових прав і переваг обвинуваченого, які, однак, є її проявами [8, с. 54]. Ця робота ґрунтується на положеннях КПК РФ.

У сучасній українській доктрині це питання практично не досліджується, воно лише фрагментарно згадується у дослідженнях, присвячених засаді змагальності та участі захисника у доказуванні.

Аналіз викладеного матеріалу свідчить, що теорія *favor defensionis* є недостатньо дослідженою. Крім того, прийнятий у 2012 році Кримінальний процесуальний кодекс України поширив основи змагальності й на досудове провадження, внаслідок чого виникає потреба нормативного забезпечення процесуальної рівності під час досудового розслідування. А це в свою чергу на підставі аналізу норм чинного кримінального процесуального законодавства, практики його застосування, з урахуванням думок, висвітлених у науковій літературі, а також зарубіжного досвіду, потребує законодавчих змін спрямованих на розширення *favor defensionis* у кримінальному провадженні. У зв'язку з чим є необхідність системного дослідження *favor defensionis* за таким напрямками:

1. Загальна характеристика favor defensionis як окремого інституту оновленого кримінального процесуального законодавства;
2. Дія favor defensionis на різних стадіях кримінального провадження;
3. Реалізація favor defensionis у кримінально-процесуальному доказуванні.

Література

1. The European Convention of Human Rights and National Case-law, 2006: Supplement to Human Rights Informational Bulletin, n. 71 [Електронний ресурс] // prepared by Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe. – Strasbourg: Council of Europe, 2007. – Режим доступу: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680096d95>.
2. Карякин Е. А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография [Электронный ресурс] / Е. А. Карякин. – Оренбург: ГОУ ОГУ, 2005. – 98 с. – Режим доступа: <http://kalinovsky-k.narod.ru/b/karjakin/3-2.htm>.
3. Петрухин И. Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: монография [Электронный ресурс] / И. Л. Петрухин. – Проспект, 2009 г. – Режим доступу: <http://inlib.biz/rossii-pravo-finansovoe/opravdatelnyiy-prigovor-pravo-reabilitatsiyu.html>.
4. Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: навчальний посібник / І. Ю. Гловацький. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
5. Лотыш Т. А. Проблемы гарантий принципа состязательности в уголовном судопроизводстве / Т. А. Лотыш // Государство и право. – 2002. – №6. – С. 104-109.
6. Омельченко О. А. Римское право: Учебник. Издание второе, исправленное и дополненное / О. А. Омельченко. – М.: ТОН.- Остожье, 2000. – 208 с.
7. Чельцов М. А. Уголовный процесс / М. А. Чельцов. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 624 с.
8. Михеенкова М. А. Благоприятствование защите (favor defensionis) и его влияние в современном уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Михеенкова Мария Андреевна. – М., 2012. – 279 с.
9. Ulrich Falk. Zur Folter im Deutschen Strafprozess. Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov (1595-1666) [Електронний ресурс] // Forum historiae iuris, 20 Juni 2001. – Режим доступу: <http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/0106falk-folter.pdf>.
10. Миттермайер К. Ю. А. Руководство к судебной защите по уголовным делам [Електронний ресурс] / К. Ю. А. Миттермайер. – М.: тип. Грачева и К., 1863. – 234 с. – Режим доступу: <http://jurytrial.ru/library/download/189128df8e8e75f8b73d2418c3aa0e0a>.
11. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2-х тт. / Под ред. А. В. Смирнова. – СПб.: Альфа, 1996. – Т.І. – 607 с.

12. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах [Электронный ресурс] / Л. Е. Владимиров. – Тула: Автограф, 2000. – 464 с. – Режим доступа: <http://crimcongress.com/wp-content/uploads/lib/Vladimirov.Uchenie-ob-ugolovnih-docazatelstvah-1910.zip>.
13. Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство – судопроизводство / Под ред. Вл. Случевского. – С.-Петербург: Типография М. М. Стасюлевича, Вас.остр., 5 – я лин., 28, 1910. – 664 с.
14. Строгович М. С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности / М. С. Строгович. – М: Наука, 1984. – 142 с.
15. Стецовский Ю. И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Ю. И. Стецовский, А. М. Ларин. – М.: Паука, 1988. – 320 с.
16. Смирнов А. В. Уголовный процесс: учебник / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский; под общ. ред. проф. А. В. Смирнова. – М.: КНОРУС, 2008. – 704 с.
17. Михайловская И. Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И. Б. Михайловская. – М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2006. – 192 с.
18. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – Спб.: Наука, 2000. – 222 с.
19. Азимов З. Н. Роль суда по установлению объективной истины в уголовном судопроизводстве Азербайджанской республики и Украины [Электронный ресурс] / З. Н. Азимов // Форум права. – 2009. – № 1. – Режим доступа: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2009_1_3.pdf.
20. Багдасаров Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и странах Европейского союза / Р. В. Багдасаров. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. – 216 с.
21. Гончаренко В. Г., Гончаренко С. В. Захист. Аксіологічний аспект / В. Г. Гончаренко, С. В. Гончаренко // Адвокат. – 2013. – № 5. – С.3-9.
22. Яворський Б. І. Сприяння захисту як необхідна умова забезпечення функціонування засади змагальності у кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Б. І. Яворський. – К., 2010. – 253 с.

Анотація

Малахова О.В. Історія розвитку теорії favor defensionis. – Стаття.

В статті досліджується історія теорії favor defensionis. Автор вказує, досягнути процесуальної рівності сторін у кримінальному провадженні можливо лише за допомогою функціонування favor defensionis. Проаналізовано доктринальні підходи щодо визначення поняття та змісту favor defensionis.

Ключові слова: змагальність; процесуальна рівність; favor defensionis.

Аннотация

Малахова О.В. История развития теории favor defensionis. – Статья.

В статье исследуется история теории favor defensionis. Автор указывает,

достичь процессуального равенства сторон в уголовном производстве возможно лишь посредством функционирования favor defensionis. Проанализированы доктринальные подходы к определению понятия и содержания favor defensionis.

Ключевые слова: состязательность; процессуальное равенство; favor defensionis.

Summary

Malakhova O.V. History of the Theory of Favor Defensionis. – Article.

The article is devoted of history of the theory favor defensionis. The author points that achievement of the equality between the parties of criminal proceedings is possible only through the functioning of favor defensionis. Doctrinal approaches of the definition and content of favor defensionis are analyzed.

Keywords: adversarial; procedural equality; favor defensionis.



УДК 343.13

А.М. Мартинців

здобувач кафедри кримінального
права, процесу і криміналістики
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету
«Одеська юридична академія»

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЯК ПІДСТАВА НАКЛАДЕННЯ ГРОШОВОГО СТЯГНЕННЯ

За недотримання учасником кримінального провадження норм кримінального процесуального законодавства передбачена відповідальність у вигляді застосування окремих заходів забезпечення кримінального провадження, які виступають кримінальними процесуальними санкціями. В науковій літературі таку відповідальність називають кримінально-процесуальною [1, с. 156], хоча в загальній теорії права такий різновид юридичної відповідальності не розглядається, більш

того окремі автори заперечують необхідність та доцільність виокремлення такого різновиду відповідальності [2, с. 187].

Водночас, оскільки у кримінальному провадженні мають місце порушення пов'язані із недотриманням учасниками кримінального провадження кримінальних процесуальних норм, а в КПК України визначені конкретні заходи впливу, як кримінальні процесуальні санкції, які застосовуються у тому чи іншому випадку, доцільним є говорити саме про кримінальну процесуальну відповідальність як різновид юридичної відповідальності. І хоча в порівнянні з іншими видами юридичної відповідальності кримінальна процесуальна є недостатньо визначеною, все ж вона існує самостійно, оскільки і правопорушення і перелік заходів впливу та порядок їх застосування регламентуються нормами кримінального процесуального законодавства.

Питання визначення поняття та структури кримінального процесуального правопорушення, як підстави застосування кримінальної процесуальної відповідальності загалом, досліджувались у працях В. Бородинова, В. Вепрева, Г. Ветрової, С. Ігнатова, З. Ковриги, Ю. Маркелової, С. Олькова, І. Самоценка, А. Столмакова, В. Чабанюка, Е. Чуклової та інших вітчизняних та зарубіжних вчених. Що стосується дослідження поняття та структури кримінальних процесуальних правопорушень, які мають наслідком накладення грошового стягнення, то у вітчизняній науці такі дослідження взагалі відсутні за винятком однієї публікації Н. Карпова та А. Штанька у якій в загальному досліджено порядок накладення грошового стягнення на учасників кримінального провадження.

Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети цієї статті дослідження кримінального процесуального правопорушення як підстави накладення грошового стягнення.

Фактичною підставою кримінальної процесуальної відповідальності та застосування кримінальних процесуальних санкцій, в тому числі накладення грошового стягнення в науковій літературі визначають кримінально-процесуальне правопорушення, тобто невиконання або неналежне виконання зазначених у кримінально-процесуальному законі дій [3, с. 67].

Чинний КПК України не дає визначення кримінального процесуального правопорушення, що стосується науковців та практичних працівників, то серед них немає єдності в поглядах на проблему визначення поняття, змісту та наслідків такого правопорушення. Так, Г.Н. Ветрова під кримінально-процесуальним правопорушенням розуміє винне порушення вимог кримінально-процесуального закону суб'єктами кримінально-процесуальних правовідносин [4, с. 65].

А.І. Столмаков обов'язковим елементом, окрім вини, визначив порушення процесуальних обов'язків та наявність шкоди. Так, на його думку, кримінально-процесуальне правопорушення можна визначити як винне протиправне діяння суб'єкта кримінального судочинства, що полягає в порушенні процесуальних обов'язків і завданні шкоди правозастосовному процесу, заборонене кримінально-процесуальними санкціями конкретної галузі права [5, с. 76].

Аналіз наведених визначень дає підстави говорити про їх односторонність у визначенні поняття кримінального процесуального правопорушення та відсутність узагальненості всіх ознак притаманних правопорушенням взагалі, та кримінальним процесуальним правопорушенням зокрема. Так, у них не вказується на такі ознаки правопорушення, як суспільна небезпечність, караність діяння, недостатньо чітко визначений суб'єкт, оскільки поза увагою залишається його деліктоздатність.

Варто зазначити, що в наступних визначеннях кримінального процесуального правопорушення науковці в більшій мірі використовували загальнотеоретичну модель правопорушення.

В загальній теорії права правопорушення визначають як протиправне, винне, соціально шкідливе діяння (дія чи бездіяльність) деліктоздатної особи, яке тягне за собою юридично визначені для правопорушника негативні наслідки. При цьому виділяють основні ознаки правопорушення: 1) це протиправний акт поведінки, тобто такий, що порушує саме правову норму, а не будь-яку іншу із соціальних норм; 2) зовнішній акт поведінки – діяння, яке може проявитися у формі дії або бездіяльності (не визначаються правопорушенням думки, почуття тощо);

3) свідомий і вольовий акт поведінки, тобто скоєний особою, яка розуміє характер і значення свого діяння і може керувати своїми вчинками. Тому правопорушення – це варіант поведінки, вчинений осудною і дієздатною особою (неповнолітні і психічно хворі не визнаються законом деліктоздатними); 4) правопорушенням визнається лише винне діяння, тобто скоєне умисно або з необережності; 5) для правопорушення характерна наявність причинного зв'язку між діянням і суспільно небезпечними наслідками, що наступили, тобто такі наслідки зумовлені саме цим діянням, а не іншими причинами; 6) правопорушення завжди завдає суспільству певної шкоди, а тому завжди є суспільно небезпечним [6, с. 310].

Виходячи саме з положень загальної теорії права російський дослідник С.Г. Ольков визначив кримінально-процесуальне правопорушення як прямо закріплене (не тільки заборонене) в законі винне, суспільно шкідливе (або суспільно небезпечне – для злочинів) діяння деліктоздатного суб'єкта, що полягає в порушенні норм (норми) кримінально-процесуального права, за яке передбачено ретроспективну юридичну відповідальність і застосування негативних санкцій як кримінально-процесуальної, так й іншої галузевої належності [7, с. 12].

Окремі науковці більш широко підходять до визначення кримінально-процесуального правопорушення розуміючи під ним не лише винне порушення норми права, що регулює кримінально-процесуальні правовідносини, але й вказують на системність таких дій. Як зазначає В.С. Вепрев, під правопорушенням у кримінально-процесуальному праві, враховуючи зміст і призначення кримінально-процесуального законодавства і теоретичного поняття правопорушення, слід розуміти одну із форм протиправної поведінки у сфері кримінального судочинства, виражену в діянні (або бездіяльності), а також у системі дій учасника кримінального судочинства, заборонених нормами кримінально-процесуального законодавства, порушення вимог і принципів кримінально-процесуального закону, конституційних принципів, учинених шляхом невиконання обов'язків або неналежного виконання [8, с. 125]. Схоже за змістом визначення наведене Л.В. Гаврилук [9, с. 73].

В свою чергу В.Д. Чабанюк, даючи визначення поняттю кримінально-процесуального правопорушення враховує можливість порушення норм не лише КПК України, але й інших нормативно-правових актів. Зокрема він зазначає, що під кримінально-процесуальним правопорушенням слід розуміти винне, суспільно-небезпечне діяння, вчинене суб'єктом кримінально-процесуальних правовідносин, в порушення вимог КПК, законів України, Конституції України, рішення Європейського суду з прав людини, чинних міжнародно-правових договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, що завдає шкоди правам і законним інтересам учасникам процесу і тягне за собою відповідальність за їх вчинення [10, с. 56]

У наведених визначеннях, більш чітко та вдало виділено деякі специфічні ознаки кримінального процесуального правопорушення, зокрема формальна визначеність в законі, винність, вчинення як шляхом дії так і бездіяльності. В кожному із визначень наведені ті чи інші уточнення як щодо діяння (може полягати в порушенні вимог і принципів кримінально-процесуального законодавства), так і щодо наслідків (завдання шкоди правам і законним інтересам учасникам процесу). Водночас, кожне із визначень має окремі суперечності та неточності, зокрема щодо визначення суб'єкта правопорушення, вказівки щодо галузевої приналежності порушеної норми чи санкції, яка може бути застосована за порушення та ін. Тому, визначення кримінального процесуального правопорушення зумовлює необхідність детального дослідження його складових частин, тобто сукупності закріплених у кримінальному процесуальному законі ознак об'єктивного і суб'єктивного характеру, за наявності яких суспільно небезпечне діяння визнається кримінальним процесуальним правопорушенням.

В теорії права склад будь-якого правопорушення розглядається як єдність чотирьох елементів: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони. Вважаємо, що такий підхід цілком закономірно може бути застосований й для дослідження складу кримінального процесуального правопорушення.

Досліджуючи об'єкт кримінального процесуального

правопорушення більшість науковців виходить з того, що ним є кримінально-процесуальні відносини [3, с. 83; 5, с. 74; 11, с. 43-44], при цьому вони виділяють загальний та спеціальний (безпосередній) об'єкти. В свою чергу В. Бородінов, не заперечуючи визначення загального та безпосереднього об'єктів, відстоює позицію трьох елементної структури об'єкта кримінального процесуального правопорушення та цілком обґрунтовано виділяє родовий об'єкт, який характеризується відносинами, що виникають у зв'язку із порушенням норм, що регламентують здійснення прав і обов'язків учасниками кримінального судочинства в межах певної стадії кримінального процесу [12].

Таким чином, об'єктом кримінального процесуального правопорушення є кримінальні процесуальні відносини, які порушують встановлений нормами кримінального процесуального права порядок кримінального провадження у зв'язку з реалізацією учасниками кримінального провадження своїх прав та обов'язків. Загалом, можна виділити загальний, родовий та безпосередній (спеціальний) об'єкти кримінального процесуального правопорушення. Що стосується правопорушень, які є підставою для застосування грошового стягнення, то специфіка об'єкта правовідносин, що захищаються грошовим стягненням, проявляється в їх безпосередньому (спеціальному) характері.

Системний аналіз норм КПК України, в яких визначено випадки накладення на учасників кримінального провадження грошового стягнення дає змогу класифікувати такі правовідносини на два види: 1) правовідносини, що виникають у зв'язку із залученням учасників кримінального провадження до проведення процесуальних дій. Посяганням на ці правовідносини є ухилення учасників від явки за викликом до органу досудового розслідування і суду для участі в процесуальних діях (ч. 1 ст. 139, ст. 323, ст. 325, ч. 2 ст. 326, ч. 1 ст. 327 КПК України); 2) правовідносини, що виникають у зв'язку з безпосереднім виконанням учасниками кримінального провадження своїх обов'язків. Посяганням на ці правовідносини є невиконання або неналежне виконання учасниками кримінального провадження прийнятих на себе обов'язків (ч.ч. 1, 2 ст. 179, ч. 5 ст. 180, ч. 5 ст. 493 КПК України).

Об'єктивна сторона кримінального процесуального правопорушення

– це його зовнішня сторона, яку складають протиправне діяння (дія чи бездіяльність), викликані ним суспільно небезпечні наслідки і причинний зв'язок між діянням і його наслідками [2, с. 10]. Дія – це активна протиправна поведінка учасника кримінального провадження, який усвідомлює свої вчинки і здатний керувати ними, а бездіяльність – це пасивна поведінка учасника кримінального провадження, яка виявилася у невиконанні ним тих дій, які він зобов'язаний і може здійснити. При цьому, слід погодитись з позицією Е.В. Чуклової про те, що всі склади процесуальних правопорушень носять формальний характер. Для притягнення до відповідальності достатньо тільки протиправних дій, що порушують нормальний хід процесу [13, с. 21].

Що стосується форм прояву об'єктивної сторони неправомірної поведінки учасників кримінального провадження, яка має наслідком накладення грошового стягнення, то системний аналіз норм КПК України, в яких визначено випадки накладення на учасників кримінального провадження грошового стягнення дозволяє говорити вчинення таких правопорушень лише у формі лише бездіяльності зобов'язаних учасників. Така бездіяльність може проявлятися в: 1) ухиленні учасників без поважних причин від явки за викликом до органу досудового розслідування і суду для участі в процесуальних діях (ч. 1 ст. 139, ст. 323, ст. 325, ч. 2 ст. 326, ч. 1 ст. 327 КПК України); 2) невиконанні або неналежному виконанні учасниками кримінального провадження прийнятих на себе обов'язків (ч.ч. 1, 2 ст. 179, ч. 5 ст. 180, ч. 5 ст. 493 КПК України). При цьому, як зазначає Ю.О. Кузовенкова ухиленням від явки слід вважати не лише пряму відмову від явки, але й створення обманного уявлення про те, що особа, яка викликається вибула з місця постійного проживання, знаходиться на лікуванні і т.п. [14, с. 93].

Для характеристики об'єктивної сторони кримінального процесуального правопорушення важливе значення має встановлення причинного зв'язку між протиправною поведінкою і суспільно небезпечними наслідками, які настали. Цей зв'язок не завжди буває прямим і видимим без всебічного аналізу правопорушення, але зовсім не свідчить про його відсутність. Встановлення причинного зв'язку є

важливим елементом для вирішення питання чи є дія (бездіяльність) кримінальним процесуальним правопорушенням, і чи доцільно застосувати кримінальну процесуальну відповідальність.

Обов'язковим елементом об'єктивної сторони кримінального процесуального правопорушення є наявність наслідків. В.Д. Чабанюк аналізуючи поняття «діяння – наслідки – причинний зв'язок між ними», приходить до висновку, що кримінально-процесуальне правопорушення може не спричинити шкоду суспільним відносинам, що охороняються законом у кримінальному судочинстві [10, с. 42]. Однак, таке твердження викликає заперечення. Кримінальне процесуальне правопорушення, як і будь-яке правопорушення, спричиняє негативні наслідки виходячи із об'єкта на який воно посягало. І якщо, в окремих випадках встановити безпосередній (спеціальний) об'єкт є неможливим (у випадках коли кримінальне процесуальне правопорушення не є прямо закріплене в законі), то родовий (який характеризується відносинами, що виникають у зв'язку із порушенням норм, що регламентують здійснення прав і обов'язків учасниками кримінального судочинства в межах певної стадії кримінального процесу) та загальний (який характеризує сукупність відносин, що виникають у справі, які складають сутність кримінального процесу) встановити не складно. Негативні наслідки кримінального процесуального правопорушення можуть позначитися як на порядку проведення окремих слідчих (розшукових) дій, на певному етапі розслідування, при висуненні версій і плануванні розслідування, так і на прийнятті процесуальних рішень, захисту прав та інтересів учасників кримінального судочинства.

Щодо негативних наслідків кримінального процесуального правопорушення, яке має наслідком накладення грошового стягнення, то слід зазначити, що у разі коли формою такого правопорушення є ухилення від явки учасника кримінального провадження до органу досудового розслідування чи суду, то їх встановлення не повинно викликати труднощів. Питання лише в наявності вини учасника на вчинення таких дій. Щодо наслідків невиконання чи неналежного виконання покладеного на учасника кримінального провадження обов'язку, то їх встановлення є дещо ускладненим. Окрім того,

ретельному дослідженню в таких випадках підлягає наявність причинного зв'язку між діянням та наслідками наприклад, встановлення того, що неприбуття неповнолітнього до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду є наслідком невиконання батьками, опікунами, піклувальниками обов'язку забезпечити його прибуття.

Обов'язком елементом кримінального процесуального правопорушення є наявність суб'єкта такого правопорушення. При цьому особливістю є те, що суб'єктом кримінального процесуального правопорушення може бути лише суб'єкт кримінальної процесуальної діяльності (суб'єкт кримінального процесу). У науковій літературі поруч з терміном «суб'єкт» досить часто зустрічається поняття «учасник» кримінального процесу. Слід зазначити, що практично всі науковці сходяться в думці, що ці поняття є ідентичними за своїм змістом, водночас Є.Г. Коваленко, В.Т. Малярєнко зазначають, що слід вживати термін «учасники кримінального процесу», оскільки кримінально-процесуальний кодекс називає суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності як учасників процесу, наділяючи їх тими чи іншими правами та обов'язками [15, с. 78]. Натомість Ю.М. Грошевий, В.М. Хотенець вважають, що слід користуватися терміном «суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності», оскільки вважають, що термін «учасники процесу» в КПК вживається у спеціальному і дуже вузькому значенні [16, с. 81].

Вважаємо, що цілком закономірно зазначені поняття можуть вживатися як синоніми, при їх застосуванні у словосполученнях «кримінальний процес», «кримінально-процесуальна діяльність», водночас таке застосування є недоречним під час характеристики кримінального процесуального правопорушення. Ми виходимо з того, що суб'єктом кримінального процесу слід вважати всіх фізичних осіб, які володіють необхідним об'ємом правосуб'єктності для участі у кримінальному провадженні. У свою чергу, учасник – це суб'єкт кримінального провадження, який фактично бере у ньому участь реалізуючи наданий йому об'єм правосуб'єктності. Виходячи з цього суб'єктом кримінального правопорушення (в загальному значенні цього

поняття) може бути лише учасник, який завжди має бути суб'єктом кримінального провадження, тобто користуватися наданою йому правосуб'єктністю. Вичерпний перелік учасників кримінального провадження визначений в п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України.

Що стосується учасників кримінального провадження на яких може бути накладене грошове стягнення то відповідно до КПК України такими можуть бути: 1) підозрюваний, обвинувачений у випадках неявки без поважних причин до органів досудового розслідування та суду або неповідомлення про причини свого неприбуття (ч. 1 ст. 139 КПК України, ст. 323 КПК України) та невиконання покладених на них обов'язків у разі застосування особистого зобов'язання (ч.ч. 1, 2 ст. 179 КПК України); 2) свідок, потерпілий, цивільний відповідач у випадку неявки без поважних причин до органів досудового розслідування та суду або неповідомлення про причини свого неприбуття (ч. 1 ст. 139, ст. 325, ч. 2 ст. 326, ч. 1 ст. 327 КПК України); 3) поручитель у разі невиконання взятих на себе зобов'язань при застосуванні до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді особистої поруки (ч. 5 ст. 180 КПК України); 4) батьки, опікуни, піклувальники неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого у випадку невиконання ними обов'язку щодо забезпечення його прибуття до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а також його належну поведінку (ч. 5 ст. 493 КПК України).

Суб'єктивна сторона кримінального процесуального правопорушення – це певне психічне ставлення сучасника кримінального провадження до своєї протиправної поведінки та її наслідків, що характеризується виною, метою та мотивом вчинення кримінального процесуального правопорушення.

Вину слід розуміти як психічне ставлення учасника кримінального провадження до вчиненого ним кримінального процесуального правопорушення і його наслідків. Мотив – це внутрішнє спонукання, яким учасник кримінального провадження керувався при вчиненні правопорушення. Як зазначає Л.В. Гаврилюк, мотив обумовлює прийняття відповідного рішення і пояснює психологічні причини вчинення правопорушення [8, с. 76]. Мета – це результат, якого прагне досягти учасник кримінального провадження вчиняючи правопорушення.

Головним елементом суб'єктивної сторони є вина, яка виражається у формі умислу чи необережності [3, с. 86]. Поняття, види умислу а також їх зміст визначені в ст. 24 КК України (прямий та непрямий умисел) та в ст. 25 КК України (злочинна самовпевненість та злочинна недбалість). Ці положення кримінального права щодо суб'єктивної сторони, зважаючи на їх загальний характер, можуть застосовуватись й для дослідження кримінального процесуального правопорушення. Їх аналіз дозволяє говорити про різні прояви суб'єктивної сторони (як у формі умислу, так і необережності), залежно від самої сутності правопорушення.

Що стосується правопорушень, що мають наслідком накладення грошового стягнення, то з суб'єктивної сторони вчинення таких правопорушень у формі умислу не викликає жодних заперечень (наприклад, умисне ухилення учасника кримінального провадження від явки до органу досудового розслідування чи суду, свідоме невиконання учасником кримінального провадження покладеного на нього обов'язку). Разом з тим, як ухилення від явки, так і невиконання чи неналежне виконання обов'язку може здійснюватись й у формі необережності. Щодо неявки учасника кримінального провадження до органу досудового розслідування чи суду, то необережність тут буде у випадках коли особа переплутала час виклику, загубила повістку і т.д. При цьому, спірною є позиція Ю.О. Кузовенкової, що у таких випадках, як і при наявності поважних причин неявки, суб'єктивна сторона складу правопорушення відсутня, а тому немає підстав для накладення грошового стягнення [14, с. 96-97].

Щодо невиконання чи неналежного виконання учасником кримінального провадження покладеного на нього обов'язку, то необережність тут може проявитись у нездатності з об'єктивних причин здійснювати належний вплив на поведінку підозрюваного, обвинуваченого, тобто внаслідок переоцінки своїх можливостей.

З урахуванням викладеного під кримінальним процесуальним правопорушенням слід розуміти закріплене в законі винне, суспільно-небезпечне, протиправне діяння учасника кримінального провадження, що полягає у невиконанні чи неналежному виконанні покладених на

нього обов'язків у сфері кримінального судочинства чим порушує вимоги кримінального процесуального законодавства, завдає шкоди правам та законним інтересам інших учасників кримінального провадження та має наслідком застосування передбаченої законом відповідальності. Кримінальне процесуальне правопорушення має притаманну лише йому сукупність ознак суб'єктивного і об'єктивного характеру.

Підставою накладення грошового стягнення, як заходу кримінальної процесуальної відповідальності є закріплене в законі винне, суспільно-небезпечне, протиправне діяння учасника кримінального провадження, що полягає у невиконанні чи неналежному виконанні покладених на нього обов'язків у сфері кримінального судочинства.

Для встановлення факту невиконання чи неналежного виконання учасником кримінального провадження покладених на нього обов'язків, тобто підстави для накладення грошового стягнення слід встановити чи справді особа наділена певним процесуальним статусом, який саме обов'язок порушений та в чому полягає порушення, якими доказами підтверджується процесуальне правопорушення, а також відсутність обставин об'єктивного характеру, які перешкоджають виконанню обов'язку, покладеного на особу.

Література

1. Маркелова Ю.А. К вопросу об основаниях и пределах применения денежного взыскания как санкции уголовно-процессуальной ответственности / Ю.А. Маркелова // Юридический аналитический журнал. – 2006. – № 2 (16). – С. 154–159.
2. Самощенко И.С. Ответственность по советскому законодательству / И.С. Самощенко, М.Х. Фарукшин. – М.: Юридическая литература, 1971. – 240 с.
3. Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность / З.Ф. Коврига. – Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 1984. – 191 с.
4. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальные правонарушения / Г.Н. Ветрова. – М., 1985. – 200 с.
5. Столмаков А.И. Понятие правонарушения по советскому уголовно-процессуальному праву / А.И. Столмаков // Правоведение. – 1980. – № 1. – С. 71–76.
6. Кельман М.С. Загальна теорія держави і права: Підручник / М.С. Кельман, О.Г. Мурашин. – К.: Кондор, 2006. – 477 с.
7. Ольков С.Г. Уголовно-процессуальные правонарушения в российском уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс. ... доктора юрид. наук: 12.00.09 / С.Г. Ольков. – М.,

1994. – 30 с.

8. Вепрев В.С. Основания уголовно-процессуальной ответственности / В.С. Вепрев. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – 272 с.

9. Гаврилюк Л.В. Відповідальність слідчого: кримінально-процесуальні засади: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Людмила Володимирівна Гаврилюк. – К., 2009. – 199 с.

10. Чабанюк В.Д. Кримінально-процесуальні правопорушення в досудовому провадженні та відповідальність за їх вчинення: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Вадим Дмитрович Чабанюк. – К., 2009. – 225 с.

11. Игнатов С.Д. Уголовно-процессуальная ответственность и ее применение: учеб. пособие / С.Д. Игнатов, Н.Н. Сафин. – Ижевск: Изд-во Удмурт. ун-та, 1988. – 95 с.

12. Бородинов В. Уголовно-процессуальные правонарушения как основания отмены или изменения приговора / В. Бородинов // Российская юстиция. – 2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_2799.html.

13. Чуклова Е.В. Понятие, основания и виды процессуальной ответственности: теоретический аспект: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Елена Валериевна Чуклова. – Краснодар, 2009 – 28 с.

14. Кузовенкова Ю.А. Денежное взыскание в системе мер уголовно-процессуальной ответственности: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Юлия Алексеевна Кузовенкова. – Самара, 2009. – 209 с.

15. Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України / Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 687 с.

16. Грошевий Ю.М. Кримінальний процес України / Ю.М. Грошевий, В.М. Хотенець. – Х.: Право, 2000. – 494 с.

Анотація

Мартинців А.М. Кримінальне процесуальне правопорушення як підстава накладення грошового стягнення. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню поняття та структури кримінального процесуального правопорушення, з позиції єдності чотирьох елементів: об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони. Визначено, що підставою накладення грошового стягнення, як заходу кримінальної процесуальної відповідальності є кримінальне процесуальне правопорушення, тобто закріплене в законі винне, суспільно-небезпечне, протиправне діяння учасника кримінального провадження, що полягає у невиконанні чи неналежному виконанні покладених на нього обов'язків у сфері кримінального судочинства.

Ключові слова: кримінальне процесуальне правопорушення, склад кримінального процесуального правопорушення, об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона, грошове стягнення.

Аннотация

Мартынцив А.М. Уголовное процессуальное правонарушение как основание наложения денежного взыскания. – Статья.

Статья посвящена исследованию понятия и структуры уголовного процессуального правонарушения, с позиции единства четырех элементов: объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны. Определено, что основанием наложения денежного взыскания, как меры уголовной процессуальной ответственности является уголовное процессуальное правонарушение, то есть закрепленное в законе виновное, общественно-опасное, противоправное деяние участника уголовного судопроизводства, которое заключается в неисполнении или ненадлежащем исполнении возложенных на него обязанностей в сфере уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: уголовное процессуальное правонарушение, состав уголовного процессуального правонарушения, объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона, денежное взыскание.

Summary

Martyntsiv A.M. Criminal Procedural Delict as a Ground for Imposition of Monetary Penalties. – Article.

The article is dedicated to exploration of the concept and structure of criminal procedural delict from the standpoint of the unity of the four elements: an object, an objective side, a subject and a subjective side. The author determines, that a ground for imposition of the monetary penalties as the criminal procedural responsibility is procedural delict, that is provided by law guilty, socially dangerous, illegal act of criminal proceedings user, that is the failure or improper performance of their duties in criminal proceedings.

Key words: criminal procedural delict, structure of criminal procedural delict, object, objective side, subject, subjective side, monetary penalty.



УДК 343.982.9

В.А. Савченко

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального
права, процесу і криміналістики
Прикарпатського юридичного

інституту Національного
університету «Одеська юридична
академія»

Т.В. Садова

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального
права, процесу і криміналістики
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету «Одеська юридична
академія»

«РОЗУМНІСТЬ СТРОКІВ» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ, ПОЛЬЩІ ТА ФРН В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Актуальність проблеми. Законодавство України за роки незалежності хоч і зазнало немало змін і доповнень, однак воно як і раніше відстає від міжнародного права та потребує якнайшвидшої гармонізації з ним.

Нагальним постало питання викорінення корупції, докорінних змін потребують судова система нашої держави, органи внутрішніх справ, прокуратури, Служби безпеки України, органи, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, та інші правоохоронні органи. Вимагають від нас цього не лише реалії сьогодення, а й міжнародна спільнота.

Прийняття у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України зламало стару обвинувальну систему кримінального судочинства і спрямувало його у бік змагальності. Зміни торкнулися практично усіх стадій та інститутів кримінального процесу, ті, які гальмували його розвиток і сприяли порушенню прав учасників кримінального провадження, були виключені (зокрема, стадія порушення

кримінальної справи, повернення кримінальної справи судом на додаткове розслідування тощо), на їх місце було введено нові демократичні норми. До таких норм відноситься і засада додержання «розумних» строків у кримінальному провадженні, яким приділяється особлива увага і у законодавстві інших європейських держав.

Однак, як свідчить правозастосовна практика, реальне забезпечення дотримання строків у кримінальному процесі викликає чимало труднощів, і не лише в Україні, а й у інших країнах, що підтверджують численні звернення громадян до Європейського Суду з прав людини. Назване вказує на актуальність теми.

Аналіз останніх джерел і публікацій. Питання «розумності» строків у кримінальному судочинстві за останні роки стало предметом уваги багатьох вітчизняних та зарубіжних науковців і практиків, серед яких О.А. Банчук, К.Б. Калиновський, Н.С. Карпов, Р.О. Куйбіда, Л.М. Лобойко, М.І. Пашковський, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, О.М. Толочко, Л.Д. Удалова, С.В. Шевчук та інші. Їх праці та доробки інших вчених стали підґрунтям внесення прогресивних змін до чинного кримінального процесуального законодавства України. Однак чимало питань, пов'язаних із «розумністю» строків, залишаються актуальними і зараз, зокрема після прийняття нового КПК України та у світлі сучасних рішень Європейського суду з прав людини.

Мета статті. Метою даної статті є з'ясування проблемних питань, пов'язаних із додержанням розумних строків у кримінальному провадженні України, з урахуванням юридичної практики зарубіжних країн, зокрема Польщі та ФРН, у контексті європейських стандартів з прав людини.

Викладення основного матеріалу. При порівнянні основних норм кримінально-процесуального закону ФРН, Польщі та нашої держави неважко помітити, що сучасний КПК України увібрав у себе чимало позитивних новел саме із законодавства цих та інших європейських держав, які зробили за останні роки чимало кроків у напрямку його загальної гармонізації, хоч існує і багато відмінностей, що зумовлено різними правовими традиціями, особливостями історичного розвитку, науковими підходами до багатьох інституцій.

Насамперед, це стосується засад кримінального судочинства та його завдань, які, як і все кримінальне провадження, повинні на них базуватись.

Чинний КПК України у ст. 2 ставить своїм завданням «забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду» [1, с. 3]. Однак це завдання має бути виконане лише за умови чіткого дотримання засади «розумності строків». Згідно з ч. 1 ст. 28 КПК, під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені КПК строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень [1, с. 16].

Проведення досудового розслідування у розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – суд.

Слід зауважити, що до прийняття нового КПК України засади розумності строків у кримінальному процесуальному законодавстві нашої держави не було, чого однак вимагали норми міжнародно-правових документів, ратифікованих Україною, взявши курс на інтеграцію з європейським співтовариством.

Л.М. Лобойко справедливо з цього приводу зауважив, що запровадження розумних строків, а також національних механізмів захисту прав особи на їхнє дотримання органами досудового розслідування, прокуратури і суду дозволить: 1) привести українське кримінально-процесуальне законодавство у відповідність до Європейської Конвенції; 2) покращити імідж України у Європі; 3) значно скоротити витрати державного бюджету особам, порушення права яких на розгляд справи протягом розумного строку визнає Європейський Суд; 4) зробити крок у напрямі утвердження в Україні принципу верховенства права; 5) захистити заінтересованих учасників кримінального процесу, а також посадових осіб, які його здійснюють, від нелогічної юридичної

відповідальності за порушення формалізованих строків провадження у кримінальних справах [2, с. 256].

Згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 року «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. Кожна особа, яка переслідується у кримінальному порядку, має право на отримання остаточного рішення про обґрунтованість пред'явленого їй кримінального обвинувачення протягом розумного строку» [3, с. 93-122].

У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права встановлено, що «кожен має право на основі повної рівності бути судимим без невинуватої затримки» (п. «с» ч. 2 ст. 14). При цьому кожен заарештований або затриманий має право на судовий розгляд протягом розумного строку» (ч. 3 ст. 9) [3, с. 122-138].

Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню будь-яким чином, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1988 р., вимагає проведення судових розглядів в розумні строки після затримання, або звільнення до суду (принцип 38). Правосуддя має бути швидким. Тривала невинуватої затримка процесу практично рівнозначна відмові в правосудді [3, с. 150-164].

Кримінальне процесуальне законодавство Польщі розвивається у напрямку гуманізації і демократизації його інститутів, наближення кримінально-процесуальних норм до європейських стандартів. Основним джерелом кримінального процесуального права Польщі є КПК 1997 року, який є об'єктом постійної уваги законодавця, що зумовлено необхідністю внесення змін до багатьох кримінальних процесуальних норм в контексті сьогодення. Зокрема, в липні 2015 року вступають в дію суттєві зміни до КПК, які, на думку польських процесуалістів, означають появу цілком оновленого кримінального процесуального законодавства із змагальною формою судочинства [4].

На відміну від українського КПК Польщі серед своїх завдань не

містить згадки щодо швидкості, а визначає своїм завданням забезпечення вирішення справи у розумні строки [5], так як це розуміється у міжнародно-правових документах, а також роз'яснюється у рішеннях Європейського Суду з прав людини. Це ж стосується і визначення критеріїв розумності строків.

У КПК України такими критеріями визначаються: 1) складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо; 2) поведінка учасників кримінального провадження; 3) спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень [1, с. 16].

Однак, звісно, такі критерії не визначались українськими законодавцями, а виокремлені із європейської практики вдосконалення кримінального судочинства з урахуванням роз'яснень Європейського Суду з прав людини. Саме такі критерії були визначені при розгляді справ «Кеніг проти Німеччини» (König v. Germany, 1978), «Екле проти Німеччини» (Eckle v. Germany, 1982), «Пелісьє і Сассі проти Франції» (Pelissier and Sassi v. France, 1994), «Меріт проти України» (Merit v. Ukraine, 2004), «Нахманович проти Росії» (Nakhmanovich v. Russia, 2006) та інших [6].

У ФРН вимога дотримання розумності строків роз'яснюється у «Директивах до кримінального судочинства та порядку накладення грошових стягнень» від 1 січня 1977 р. (RiStBV) та означає, що розслідування має бути проведено у якнайкоротші строки (принцип прискорення – Beschleunigung).

Проте конкретних строків у КПК ФРН зазвичай не встановлюється. У стадії судового розгляду ця засада носить назву принципу концентрації (Konzentrationsprinzip), згідно з яким слухання справи в суді по можливості повинно бути проведено в ході одного судового засідання [7, с. 29].

Слід зауважити, що із порушеннями цієї засади Німеччина зустрілась ще у 80-х роках минулого століття, що вимагало до неї

посиленої уваги. Так, 15 липня 1982 року Європейський суд з прав людини розглянув справу «Екле проти Німеччини» (Eckle v. Germany, 1982) у зв'язку зі скаргою останнього про порушення державою вимог цього принципу. Згідно з обставинами справи, пан Екле та його дружина були власниками фірми, яка займалась поставкою в кредит матеріалів та підготовкою майданчиків для будівництва. В період між 1959 та 1967 роками фірма стала предметом трьох кримінальних справ. У 1967 році Земельний суд Саарбрюкена визнав заявників винними у шахрайстві. У листопаді 1977 року Земельний суд Триру за сукупністю вироків визначив їм різні терміни ув'язнення. Європейський Суд з прав людини у своєму Рішенні, зокрема, зазначив, що у кримінальних справах «розумний строк», про який ідеться у ч. 1 ст. 6 Конвенції, починається з моменту, коли особі «висунуто обвинувачення»; це може відбутися раніше, ніж справа потрапляє до суду: з дня арешту, з дати, коли зацікавлену особу було офіційно повідомлено, що проти неї порушено кримінальну справу, або з дати, коли було почате досудове слідство. Суд дійшов висновку, що компетентні органи не діяли з необхідним ступенем ретельності та оперативності. Особливо було відзначено, що минуло близько трьох років між висуненням кримінального обвинувачення та початком суду.

У іншій справі, «Кеніг проти Німеччини» (König v. Germany, 1978) Європейський Суд, вивчаючи розумність строків кримінального процесу, звернув увагу з поміж іншого на складність справи, поведінку заявника та просування справи в адміністративних органах та судах. Даючи загальну оцінку цим чинникам, Суд дійшов висновку, що такі затримки самі по собі не виправдовують тривалість судового розгляду і що справа могла бути розглянута раніше, без перевищення «розумного строку» [6, с. 313-319].

Слід відмітити, що і зараз дотримання «розумних» строків у кримінальному провадженні викликає чимало труднощів. С. Шевчук, аналізуючи практику Європейського Суду з прав людини, відзначив, що вимога щодо розумного строку розгляду справи наразі стала чи не найбільшим головним боєм для багатьох держав Європи. Зараз немає чіткого уявлення щодо вирішення цієї проблеми ані у національних

урядів держав-учасниць Європейської Конвенції, ані у Суду [6, с. 319].

Про це ж стверджується і у рішеннях Європейського Суду з прав людини. Так, у Рішенні «Кудла проти Польщі» Суд вказав, що «на часі переглянути його прецедентне право в контексті дедалі більшого нагромадження поданих на його розгляд заяв, у яких єдиним або головним було твердження про незабезпечення судового розгляду впродовж розумного строку» [8].

Не стало менше порушень «розумності» строків і у вітчизняній процесуальній практиці. Верховний Суд України у своєму Листі головам апеляційних судів № 1 – 5/45 від 25 січня 2006 року відзначив, що серед рішень, винесених Європейським судом з прав людини проти України за період чинності Конвенції для нашої держави, шість стосуються порушення права особи на розгляд її справи судом упродовж розумного строку. Це рішення у справах «Світлана Науменко проти України» від 09.11.2004, «Странніков проти України» від 03.05.2005, «Павлюлинець проти України» від 06.09.2005, «Лещенко і Толюпа проти України» та «Смирнова проти України» від 08.11.2005, «Антоненков та інші проти України» від 22.11.2005. Загальна сума компенсацій, стягнутих з України за порушення прав заявників у цих справах, становила 38000 євро. За інформацією, наданою Міністерством юстиції України, на кінець 2005 р. Євросудом було розпочато розгляд щодо прийнятності по суті ще понад 40 справ стосовно тривалості провадження в судах, які були надіслані уряду України для подання зауважень. Кількість скарг щодо перевищення розумних строків розгляду справ, які надходять до Суду від громадян України та юридичних осіб, зростає. При цьому, як правило, громадяни скаржаться на тривалість розгляду, яка перевищує п'ять, сім, а то й десять років [9].

Спостерігалась тенденція до порушень розумності строків в українській кримінальній процесуальній практиці і надалі, предметом розгляду у Європейському Суді були й інші справи, пов'язані із порушенням розумності строків, наприклад, «Іванов проти України», № 15007/02 від 07.12.2006 р., «Юртаєв проти України», № 11336 від 31.1.2006 р., «Вергельський проти України» № 19312/06 від 12.03.2009 р.

та інші.

Висновки. Визначення розумного строку кримінального провадження залежить від багатьох обставин, включаючи обсяг і складність справи, кількість слідчих (розшукових) дій, число потерпілих та свідків, необхідність проведення експертиз та отримання висновків тощо. Однак тривалість провадження має залежати від об'єктивних факторів, які не можна оминати під час розслідування чи судового розгляду кримінальної справи, а також і під час виконання вироку. І ні в якому разі не можна допускати невинуватеної тяганини або затягування процесу.

Проте, аналіз правозастосовної практики свідчить про численні порушення цієї вимоги як правоохоронними органами України, так і інших держав, на що вказує кількість звернень громадян до Європейського Суду з прав людини. Очевидно, що державам-учасницями Європейської конвенції слід звернути найпильнішу увагу на гарантування дотримання цієї основоположної вимоги органами досудового розслідування та суду. Не останню роль у цьому має відігравати постійний аналіз позитивного досвіду із вирішення цієї проблеми правоохоронцями різних держав європейської та світової співдружності.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : [текст]. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2014. – 328 с.
2. Лобойко Л. М. «Розумність» строків у кримінальному процесі / Л. М. Лобойко // Наук. вісн. Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ. : зб. наук. пр. – 2008. – Вип. 4. – С. 248–257.
3. Забезпечення органами внутрішніх справ міжнародно-правових стандартів прав людини при охороні громадського порядку. Науково-практичний, документально-джерельний та навчально-методичний комплекс (у трьох частинах). Ч. 2, Ч. 3 / Відп. редактори Римаренко Ю. І., Кондратьєв Я. Ю., Шемшученко Ю. С. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 584 с.
4. Kruk Jaroslaw. Fundamental reform of Criminal Procedure Code // International Law Office. – 25 november 2013. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legalkw.pl/ru/zespol/jaroslaw-kruk/moje-artykuly>.
5. Kodeks postępowania karnego // Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247) зі змінами і доповненнями, що вступають в силу з 1 червня 2015 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970890555>.

6. Шевчук С. Судовий захист прав людини у контексті західної правової традиції ; вид. 2-ге, випр., доп. / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 848 с.
7. Галаган О. І. Захист прав і свобод суб'єктів кримінального судочинства в Україні та ФРН : [навч. посібник для студ. ВНЗ] / О. І. Галаган, В. А. Савченко. – Івано-Франківськ : Місто НВ, 2011. – 200 с.
8. Рішення у справі «Кудла проти Польщі». Комюніке Секретаря Суду // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.in.ua/article>.
9. Лист Верховного Суду України головам апеляційних судів № 1 – 5/45 від 25 січня 2006 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5_45700-06.

Анотація

***Савченко В.А., Садова Т.В.* «Розумність строків» у кримінальному провадженні України, Польщі та ФРН в контексті європейських стандартів з прав людини. – Стаття.**

У статті розглядаються питання, пов'язані із вимогою додержання «розумних» строків у кримінальному провадженні. З'ясовано погляди законодавця і науковців України, Польщі та ФРН з цього питання в контексті європейських стандартів з прав людини.

Ключові слова: засади кримінального провадження, розумні строки, законність, Польща, ФРН, Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод.

Аннотация

***Савченко В.А., Садовая Т. В.* «Разумность сроков» в уголовном производстве Украины, Польши и ФРГ в контексте европейских стандартов по правам человека. – Статья.**

В статье рассматриваются вопросы, связанные с требованием соблюдения «разумных» сроков в уголовном судопроизводстве. Исследованы взгляды законодателя и ученых Украины, Польши и ФРГ по этому вопросу в контексте европейских стандартов по правам человека.

Ключевые слова: принципы уголовного процесса, разумные сроки, законность, Польша, ФРГ, Европейская конвенция о защите прав человека и основоположных свобод.

Summary

***Savchenko V. A., Sadova T. V.* "Reasonable Terms" in the Criminal Proceedings of Ukraine, Poland and Germany in the Context of European Standards on Human**

Rights. – Article.

The article deals with issues related to compliance with the requirement of "reasonable" terms in criminal proceedings. The opinions of scholars and legislators of Ukraine, Poland and Germany on this issue in the context of European human rights standards have been examined.

Key words: principles of criminal proceedings, reasonable terms, legality, Poland, Germany, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.



УДК 343.112

С.В. Томин

кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри кримінального
права, процесу та криміналістики
Прикарпатського юридичного
інституту національного
університету «Одеська юридична
академія»

**ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ З РОЗГЛЯДУ
ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТА ЩОДО ВЧИНЕННЯ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ У СПРОЩЕНОМУ
ПРОВАДЖЕННІ**

Постановка проблеми. У ст. 381 КПК України закріплено положення про те, що суд за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, має право розглянути обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження.

Разом з тим, закріплюючи у КПК України можливість розгляду зазначеного вище клопотання у судовому засіданні без судового розгляду, ч. 2 ст. 381 не конкретизує порядок його проведення, обмежуючись лише вказівкою на те, що спрощене провадження щодо кримінальних

проступків здійснюється згідно із загальними правилами судового провадження, передбаченими цим Кодексом, з урахуванням положень цього параграфа [1].

У зв'язку з цим виникає питання про те, як впливають положення § 1 глави 30 КПК України на проведення судового засідання.

Немає відповіді на це питання і в юридичній літературі.

Стан дослідження. Окремі аспекти досліджуваної проблеми розкривали автори у науково-практичних коментарях Кримінального процесуального кодексу України, а також В.І. Фаринник, Г.П.Власова, Л.М. Лобойко, Д.А. Степаненко, М.А. Дніпровська, та ін. у наукових статтях та монографіях.

Разом з тим, як свідчать праці вітчизняних науковців-процесуалістів, вони уникали дискусії щодо порядку проведення судового засідання, обмежуючись висвітленням підстав та умов розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні.

Враховуючи зазначене, **метою цього дослідження** є висвітлення порядку проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку у спрощеному провадженні.

Для досягнення вказаної мети вирішенню підлягають наступні завдання: 1) розкрити співвідношення понять «судове засідання» та «судовий розгляд»; 2) на основі теоретичних положень науки кримінального процесу та прикладів судової практики обґрунтувати необхідність участі у судовому засіданні з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні представників сторін кримінального провадження; 3) з'ясувати особливості процесуальних дій, які вчиняються у судовому засіданні під час розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні.

Виклад основного матеріалу. У юридичній літературі судове засідання розглядають як процесуальну форму судового розгляду. Як зазначає К.Б. Каліновський, судовий розгляд – це здійснюваний у формі судового засідання розгляд та вирішення кримінальної справи по суті [2].

У літературі прийнято відзначати тісний зв'язок судового розгляду та судового засідання як двох процесуальних понять. Судовий розгляд

відбувається лише в судовому засіданні, а судові засідання у свою чергу призначені для судового розгляду (А.Ф. Клейнман, П.Я. Трубніков). Вони співвідносяться як зміст (судовий розгляд) і форма (судове засідання). Судовий розгляд не може існувати без судового засідання [3]. Разом з тим судові засідання проводяться не тільки для розгляду справи, а й для вирішення інших процесуальних питань. Одним із таких питань, як вбачається зі змісту ст. 381 КПК України є розгляд за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку.

Судове засідання у будь-якій справі незалежно від сфери судочинства складається з таких частин: 1) підготовча частина судового засідання; 2) розгляд по суті; 3) судові дебати; 4) останнє слово підсудного; 5) винесення та проголошення рішення.

Аналіз положень § 1 глави 30 КПК України та матеріали судової практики свідчать про те, що під час розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні хоча й в усіченому вигляді, але мають місце деякі з перелічених елементів судового засідання.

Як вбачається зі змісту ст. 381 КПК України судові засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку проводяться за наявності клопотання прокурора або слідчого, погодженого з прокурором. Суд у п'ятиденний строк з дня отримання обвинувального акта з клопотанням про його розгляд у спрощеному провадженні вивчає його та додані до нього матеріали і ухвалює вирок (ч. 1 ст. 382 КПК України).

Таким чином, клопотання прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, про розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні повинно бути отримане до судового засідання, а не під час його проведення.

Більше того, відповідно до ст. 381 КПК України судові засідання з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні проводяться за відсутності учасників судового провадження, що виключає не тільки можливість у підготовчій його частині заявлення відповідних клопотань стороною обвинувачення, але й вчинення будь-яких процесуальних дій стороною захисту. Відповідно, обґрунтованим є припущення про те, що

до початку судового засідання у матеріалах кримінального провадження повинен знаходитись і складений обвинуваченим документ про беззаперечне визнання своєї винуватості, згоду зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами і з розглядом обвинувального акта за його відсутності.

Таку позицію законодавця вважаємо невиправданою та необґрунтованою.

На нашу думку, перевірка судом добровільності визнання обвинуваченим своєї вини, згоди зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами і з розглядом обвинувального акта за його відсутності неможлива виключно на підставі отриманих матеріалів кримінального провадження та вимагає безпосередньої участі не тільки обвинуваченого та його захисника, але й інших учасників кримінального провадження у судовому засіданні. Мова, перш за все, йде про потерпілого та представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, згода яких на застосування спрощеного провадження є обов'язковою. Присутність у судовому засіданні вказаних осіб дозволить суду пересвідчитись не тільки у дотриманні зазначених вище умов, але й про наявність таких із них, як: представлення обвинуваченого захисником під час надання згоди на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні; роз'яснення йому суті та наслідків застосування відповідної процедури, в тому числі щодо неможливості оскарження в апеляційному порядку вироку з підстав розгляду клопотання у спрощеному провадженні, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорити встановлені досудовим розслідуванням обставини; згода потерпілого чи представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні.

Така позиція підтверджується прикладами судової практики.

Так, як вбачається з матеріалів кримінального провадження № 1-кп/347/96/13 справа № 347/2353/13-к Косівський районний суд Івано-Франківської області розглянув у відкритому судовому засіданні у спрощеному провадженні кримінальне провадження по обвинуваченню

Т. у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 125 ч. 2 КК України.

В судовому засіданні обвинувачена Т. подала заяву, в якій повністю й беззаперечно визнала свою вину, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згідна з розглядом обвинувального акту за її відсутності.

Потерпіла Н. в судовому засіданні дала суду показання про те, що дійсно 05.07.2013 року близько 14 год. 00 хв. неподалік магазину ПП «Сумарука», що в с. В. Рожен Косівського району Івано-Франківської області, на ґрунті тривалих неприязних стосунків, Т. умисно спричинила їй тілесні ушкодження у вигляді: закритої черепно-мозкової травми із струсом головного мозку, синців лобної ділянки голови та лівого плеча, які згідно висновку експерта №139 від 12.08.2013 року відносяться до легких тілесних ушкоджень, які спричинили короточасний розлад здоров'я. Не заперечувала щодо спрощеного провадження [4].

Відповідні заяви обвинуваченого та потерпілого були зроблені під час судового засідання також і в іншому кримінальному провадженні № 1-кп/429/28/13 справа № 429/423/13-к Слов'яносербського районного суду Луганської області, проведеному 27.02.2013 р. по обвинуваченню С. у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 345 КК України [5].

Судовій практиці на даний час відомі лише поодинокі випадки розгляду судом обвинувального акта у спрощеному провадженні, тому зараз ще немає можливості говорити про узагальнення та робити висновки, однак наведені випадки, на нашу думку, переконливо свідчать про необхідність участі принаймні у підготовчій частині судового засідання сторін кримінального провадження та потерпілого.

Враховуючи зазначене, вважаємо за необхідне внести зміни до положень § 1 глави 30 КПК України, закріпивши проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні з обов'язковою участю у ньому прокурора, обвинуваченого та його захисника.

Потерпілому та представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, повинно бути надано право приймати участь

у судовому засіданні, однак його відсутність не може перешкоджати його проведенню, крім випадків визнання судом участі зазначених осіб обов'язковою.

Оскільки, як вже зазначалось, в Україні ще не сформувалась певна практика здійснення спрощеного провадження щодо кримінальних проступків, вважаємо доцільним звернути увагу на тенденції розвитку відповідного інституту у кримінальному процесі Російської Федерації.

Глава 40 КПК Російської Федерації передбачає аналогічну спрощеному провадженню щодо кримінальних проступків процедуру провадження судового засідання без судового розгляду щодо злочинів, покарання за які не перевищує 10 років позбавлення волі [6].

Протягом десяти років чинності КПК РФ сформувалась певна судова практика щодо вирішення цієї категорії кримінальних справ, яка, на нашу думку, може бути використана для удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства та формування судової практики розгляду відповідних кримінальних проваджень в Україні.

Вивчення практики застосування у РФ особливого порядку прийняття судового рішення при згоді обвинуваченого з пред'явленим йому обвинуваченням дозволяє передбачити можливі способи проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку з урахуванням висловленої нами вище позиції про необхідність участі у судовому засіданні сторін кримінального провадження та потерпілого.

Найбільш прийнятним з точки зору відповідності вимогам чинного КПК України та завданням кримінального провадження вбачається проведення судового засідання, яке складається з: підготовчої частини судового засідання, спрощеної процедури дослідження доказів, дебатів сторін, останнього слова обвинуваченого, постановлення та проголошення вироку.

Особливостями підготовчої частини судового засідання у такому кримінальному провадженні є те, що крім дій, передбачених § 3 глави 28 КПК України здійснюються наступні заходи: а) прокурор оголошує подане ним клопотання про розгляд обвинувального акта у спрощеному

провадженні; б) обвинувачений подає заяву, в якій повністю й беззаперечно визнає свою вину, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згідний з розглядом обвинувального акта у спрощеному провадженні; в) головуючий запитує, чи усвідомлює обвинувачений характер наслідків у разі застосування спрощеного провадження щодо кримінального проступку, чи заявлено клопотання добровільно і чи була перед цим консультація з захисником; г) суддя з'ясовує у захисника, чи заявлено клопотання відповідно до вимог закону і чи немає перешкод для задоволення клопотання прокурора; д) суд з'ясовує, чи не заперечують проти проведення судового засідання у спрощеному провадженні потерпілий та представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження; е) порадившись на місці, суд ухвалює провести судове засідання у спрощеному провадженні;

Після закінчення підготовчих дій суд переходить до розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні по суті. Зазначений етап судового засідання, на нашу думку, повинен починатися з оголошення прокурором пред'явленого обвинувачення та клопотання про розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні. Головуючий з'ясовує, чи зрозуміле обвинуваченому обвинувачення і чи підтверджує він свою згоду з розглядом обвинувального акта у спрощеному провадженні. У разі підтвердження обвинуваченим своєї згоди, суд з'ясовує позицію потерпілого та представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. У присутнього в залі судового засідання захисника суддя також цікавиться, чи висловлена згода обвинуваченого є добровільною і чи надана вона у його (захисника) присутності.

При підтвердженні згоди сторін на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні суд на свій розсуд переходить:

1) до дослідження та оцінки окремих доказів, зібраних у кримінальному провадженні, при цьому можуть бути досліджені обставини, що характеризують особу обвинуваченого, і обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання;

2) або відразу до судових дебатів.

У першому випадку, на наш погляд, необхідно встановити порядок дослідження доказів, які зібрані для встановлення обставин, що

характеризують особу обвинуваченого, а також обставин, що пом'якшують і обтяжують покарання.

Потім суд досліджує названі докази, з'ясовує в обвинуваченого, чи не бажає він брати участь у судових дебатах, і переходить безпосередньо до самих дебатів.

Під час судових дебатів сторони можуть висловитися лише про міру покарання, яке слід призначити обвинуваченому, використовуючи тільки ті докази, які були досліджені в судовому засіданні і які мають відношення до обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання, а також до характеристики особи обвинуваченого [7, с. 102-103].

У судових дебатах сторони не можуть обговорювати кваліфікацію діяння обвинуваченого, оскільки більшість доказів, зібраних у кримінальному провадженні не досліджувались.

Після проголошення промов надається право на репліку. Потім обвинуваченому пропонується виступити з останнім словом перед видаленням суду до нарадчої кімнати.

Щодо порядку ухвалення вироку у справах спрощеного провадження, а також вимог до нього, поширюються вимоги ст.ст. 370, 371, 373-376 КПК.

Поряд з цим, положення ч. 2 ст. 382 КПК України передбачає певні особливості щодо описово-мотивувальної частини вироку. Зокрема, у цій частині вироку судом не досліджуються, не аналізуються та не оцінюються зібрані у справі докази. Натомість зазначаються встановлені органом досудового розслідування обставини, які не оспорується учасниками судового провадження.

Ч. 2 ст. 382 КПК України не передбачає прийняття за результатами спрощеного провадження інших, крім обвинувального вироку, судових рішень. Вчинений обвинуваченим кримінальний проступок не може бути перекваліфікований, а сама кримінальна справа не підлягає закриттю, якщо суд попередньо прийняв рішення про застосування спрощеного провадження.

За результатами розгляду обвинувального акта, який надійшов із клопотанням про його розгляд у спрощеному провадженні, суд не може

прийняти рішення про перекваліфікацію дій обвинуваченого, оскільки установка на можливість перекваліфікації вчиненого без безпосереднього вивчення доказів щодо фактичних обставин справи є невиправданим спрощенням, тим більше якщо державний обвинувач не відмовився від пред'явленого обвинувачення або не заявив про необхідність змінити кваліфікацію. Якщо цього не сталося, для вирішення питання про зміну кваліфікації необхідно перейти до загального порядку розгляду кримінальної справи.

Висновки і перспективи подальших розвідок. Таким чином, проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні повинно відбуватися з обов'язковою участю представників сторін кримінального провадження. Це дозволить суду: 1) перевірити добровільність визнання обвинуваченим своєї вини, згоди зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами і з розглядом обвинувального акта у спрощеному провадженні; 2) з'ясувати факт представлення обвинуваченого захисником під час надання згоди на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні; 3) роз'яснення обвинуваченому суті та наслідків застосування відповідної процедури, в тому числі щодо неможливості оскарження в апеляційному порядку вироку з підстав розгляду клопотання прокурора у спрощеному провадженні, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорити встановлені досудовим розслідуванням обставини; 4) безпосередньо отримати згоду потерпілого чи представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні.

Судове засідання з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні складається з підготовчої частини судового засідання, спрощеної процедури дослідження доказів, дебатів сторін, останнього слова обвинуваченого, постановлення та проголошення вироку.

З урахуванням зазначеного вважаємо необхідним ст. 382 КПК України «Розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні», викласти у наступній редакції:

«1. Суд призначає судове засідання у п'ятиденний строк з дня отримання обвинувального акта з клопотанням про його розгляд у

спрощеному провадженні.

2. Судове засідання з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні проводиться за правилами § 3 глави 28 цього кодексу з урахуванням положень цього параграфа.

3. Судове засідання проводиться з обов'язковою участю сторін кримінального провадження.

4. Судове засідання починається з викладу прокурором пред'явленого обвинувачення та оголошення клопотання про розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні.

4. Після оголошення клопотання прокурора, суд з'ясовує в обвинуваченого чи визнає він свою вину, чи згоден зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами і з розглядом обвинувального акта у спрощеному провадженні; з'ясовує факт представлення обвинуваченого захисником під час надання згоди на розгляд обвинувального акта у спрощеному провадженні; роз'яснює обвинуваченому суть та наслідки застосування відповідної процедури, в тому числі щодо неможливості оскарження в апеляційному порядку вироку з підстав розгляду клопотання прокурора у спрощеному провадженні, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорити встановлені досудовим розслідуванням обставини; з'ясовує думку потерпілого чи представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, якщо вони з'явилися у судове засідання, щодо розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні.

5. Суд судом досліджує у судовому засіданні докази, які підтверджують дотримання умов, що дозволяють застосувати спрощене провадження щодо кримінального проступку, обставини, які характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання, звільняють від його відбування, обставини, які зумовлюють необхідність закриття кримінальної справи з реабілітуючих підстав. За клопотанням сторін кримінального провадження у судовому засіданні з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні можуть досліджуватися інші докази.

6. Якщо обвинувачений або потерпілий заперечує проти розгляду

клопотанням сторін кримінального провадження у судовому засіданні з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні, суд виносить ухвалу про розгляд обвинувального акта у загальному порядку».

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>.
2. Калиновский К.Б. Уголовный процесс. Конспект лекций // Уголовный процесс. Сайт. К.Калиновского. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: http://kalinovsky-k.narod.ru/p/lecture_notes.
3. Викут М.А. Гражданский процесс России: Учебник / М.А. Викут, И.М. Зайцев. – М.: Юристъ, 1999. – 384 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://bibliotekar.ru/grazhdansiy-process-1/131.htm>.
4. Вирок Косівського районного суду Івано-Франківської області від 12.09.2013 р. у кримінальному провадженні № 1-кп/347/96/13 справа № 347/2353/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33422613>.
5. Вирок Слов'яносербського районного суду Луганської області від 27.02.2013 р. у кримінальному провадженні № 1-кп/429/28/13 справа № 429/423/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29627436>.
6. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа: <http://www.up-kodeks.ru>.
7. Гладышева О.В. Особый порядок судебного разбирательства в системе уголовного судопроизводства Российской Федерации / О.В. Гладышева, Н.В. Редькин. – М.: Юрлитинформ, 2008. – 152 с.

Анотація

Томин С.В. Порядок проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку у спрощеному провадженні. – Стаття.

У статті аналізується порядок проведення судового засідання з розгляду обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку у спрощеному провадженні. На основі наукових праць та положень чинного українського та зарубіжного законодавства автор вказує на співвідношення понять «судове засідання» та «судовий розгляд», обґрунтовує необхідність участі у судовому засіданні з розгляду обвинувального акта у спрощеному провадженні представників сторін кримінального провадження, з'ясовує особливості процесуальних дій, які проводяться у такому судовому засіданні.

Ключові слова: обвинувальний акт, судовий розгляд, судові засідання, кримінальні проступки, спрощене провадження.

Аннотація

Томин С.В. Порядок проведения судебного заседания по рассмотрению обвинительного акта по совершенному уголовному проступку в упрощенном производстве. – Статья.

В статье анализируется порядок проведения судебного заседания по рассмотрению обвинительного акта по совершенному уголовному проступку в упрощенном производстве. На основе научных трудов и положений действующего украинского и зарубежного законодательства автор указывает на соотношение понятий „судебное заседание» и „судебное разбирательство», обосновывает необходимость участия в судебном заседании по рассмотрению обвинительного акта в упрощенном производстве представителей сторон уголовного производства, выясняет особенности процессуальных действий, которые совершаются в таком судебном заседании.

Ключевые слова: обвинительный акт, судебное разбирательство, судебное заседание, уголовные проступки, упрощенное производство.

Summary

Tomyn S.V. The Procedure of the Court Session to Review the Indictment on a Criminal Offense in a Simplified Procedure. – Article.

There are investigated the procedure of the court session to review the indictment on a criminal offense in a simplified procedure in this article. Based on scientific publications and regulations applicable Ukrainian and foreign laws the author points to the relationship between "hearing" and "trial", justifies the need to participate in the hearing to review the indictment in simplified proceedings representatives of parties to criminal proceedings, proceedings, finds features to be held in this court..

Key words: indictment, trial, court, criminal offenses, a simplified procedure.



СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.965

А.Б. Романюк

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного та
господарського права і процесу
Прикарпатського юридичного
інституту Національного
університету «Одеська юридична
академія»

**ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ
АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Найбільш доступною і, як наслідок, найпоширенішою організаційною формою адвокатської діяльності виступає індивідуальна адвокатська діяльність.

Незважаючи на таку поширеність у сьогоднішній день цієї організаційної форми, вона з'явилася в Україні відносно недавно – у 1993 році після набрання чинності Законом України «Про адвокатуру», який заклав на той час зовсім нові організаційні основи адвокатської діяльності, які не були змінені й чинним сьогодні Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». До того часу адвокати не могли працювати індивідуально, а повинні були бути членами обласних колегій адвокатів та були прикріплені до юридичних консультацій, через які й здійснювали свою діяльність.

Подібний стан справ, який існував у радянські часи, дуже часто не відповідав інтересам адвокатів, які в таких умовах праці не відчували себе незалежними, не могли реалізувати свою індивідуальність.

Тому поява з прийняттям у 1992 році Закону України «Про адвокатуру» такої організаційної форми, як індивідуальна адвокатська діяльність, була схвально сприйнята адвокатським співтовариством. Адвокат став самостійним суб'єктом у взаємовідносинах з іншими особами, співпрацюючи з ними напряму, а не за посередництвом свого

керівництва.

Очевидною перевагою такої форми є те, що адвокат, будучи членом, частиною єдиного загальнодержавного професійно-організаційного утворення (адвокатури), тим не менше у своїх повсякденних питаннях організації власної діяльності – повністю самостійний. Адвокат може на власний розсуд визначати місце своєї професійної діяльності, вирішувати кадрові питання, планувати свій робочий час та час відпочинку.

При цьому, ще одним визначальним фактором для обрання більшістю адвокатів саме такої організаційної форми, є те, що для того, щоб розпочати діяльність індивідуально, необхідно затратити найменше зусиль, порівняно з іншими організаційними формами (адвокатським бюро чи адвокатським об'єднанням).

Правове регулювання цієї організаційної форми визначене у ст. 13 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Так, відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону передбачено, що адвокат, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, є самозайнятою особою.

У ч. 2 цієї ж статті зазначається, що такий адвокат може відкривати рахунки в банках, мати печатку, штампи, бланки (у тому числі ордера) із зазначенням свого прізвища, імені та по батькові, номера і дати видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Таким чином, для того, щоб займатися адвокатською діяльністю індивідуально, особа, що отримала відповідне свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, повинна вчинити ряд юридичних дій, спрямованих на отримання статусу самозайнятої особи.

Поняття самозайнятої особи та її правовий статус визначені Податковим кодексом України [1]. Відповідно до підпункту 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 ПКУ до самозайнятих осіб відносяться фізичні особи – підприємці та особи, які провадять незалежну професійну діяльність.

Системне тлумачення ст. 13 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і процитованої норми Податкового кодексу України дозволяє припустити, що адвокати можуть бути як фізичними особами – підприємцями, так і особами, що провадять незалежну

професійну діяльність.

І справді, прямої законодавчої заборони реєстрації особи, які отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, як суб'єкта підприємницької діяльності, немає.

Але на практиці питання, до якого з названих типів самозайнятих осіб належить адвокат, що займається індивідуальною діяльністю, є досить дискусійним, і полеміки з цього приводу триває вже тривалий час.

Така постановка проблеми має не тільки теоретичне, але й цілком практичне значення. Наявність у фізичної особи статусу суб'єкта підприємницької діяльності дозволяє їй обирати спрощену систему оподаткування (zareєструватися платником єдиного податку), яка суттєво знижує податкове навантаження на доходи такої особи і спрощує облік доходів та витрат. Якщо фізична особа, що не має статусу платника єдиного податку, згідно з ст. 167 ПКУ сплачує податок на свої доходи у розмірі, як правило, 15 % від цих доходів (якщо розмір місячного доходу не перевищує десятикратного розміру мінімальної заробітної плати) або у розмірі 20% (якщо розмір місячного доходу перевищує десятикратний розмір мінімальної заробітної плати), то платник єдиного податку в залежності від обраної групи платників єдиного податку може сплачувати 15-20 % від мінімальної заробітної плати, незалежно від загальної суми доходів (друга група платників єдиного податку), або 5 % від доходів (третя група платників єдиного податку). Різниця у розмірі податкових зобов'язань є суттєвою.

Крім того, для платників податків значно спрощено облік доходів та витрат, що не вимагає у них у більшості випадків приймати на роботу бухгалтера.

Тому природним є бажання й адвокатів скористатися перевагами, які надає спрощена система оподаткування, встановлена для фізичних осіб – підприємців.

Тим не менше, і позиція податкових органів [2], і органів адвокатського самоврядування [3], і науковці [4, с. 27; 5, с. 18] стоїть на тому, що адвокатська діяльність не є підприємницькою, а тому адвокат не підлягає реєстрації як підприємець. Згідно з таким підходом, адвокатська діяльність виникла не задля отримання прибутку (на відміну від

підприємницької), а для реалізації публічної функції – забезпечення права особи на правову допомогу.

А раз адвокатська діяльність не є підприємницькою, то і реєструвати адвоката як суб'єкта підприємницької діяльності немає підстав.

Відповідно до п.2) ч.1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською діяльністю є незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Тому серед двох категорій самозайнятих осіб – фізичних осіб - підприємців та осіб, що проводять незалежну професійну діяльність, – адвокати відносяться саме до другої.

Відповідно до абзацу другого підпункту 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 ПК України, незалежна професійна діяльність – це участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою - підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб.

24 грудня 2012 року Державна податкова служба України пунктом 1 свого наказу №1185 затвердила Узагальнюючу податкову консультацію щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів) (далі – узагальнююча консультація). В ній було зазначено: «... фізична особа, яка здійснює незалежну адвокатську діяльність, не може бути підприємцем у межах такої адвокатської діяльності...» [2].

Фактично це означає, що адвокат як платник податків не може обрати собі спрощену систему оподаткування (єдиний податок), оскільки платниками єдиного податку можуть бути лише суб'єкти підприємницької діяльності, а адвокат таким не є.

Податковий кодекс України у абз. 2 п. 65.2 ст. 65 передбачає, що адвокат, отримавши свідоцтво про право на зайняття адвокатською

діяльністю, зобов'язаний протягом десяти календарних днів стати на облік у податковому органі за місцем свого постійного проживання.

Для цього адвокат повинен подати у відповідну податкову інспекцію заяву встановленої форми та копію свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, на підставі яких приймається рішення про взяття на облік платників податків як самозайнятої особи. Адвокату видається відповідна довідка про взяття на облік.

Проте, як вже згадувалося вище, спрощена система оподаткування має суттєві переваги перед системою оподаткування, що встановлена для самозайнятих осіб, а тому на практиці обмеження щодо неможливості реєстрації адвоката як платника єдиного податку дуже часто обходять, використовуючи неузгодженості у законодавстві.

Так, особа, яка отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, нерідко ігнорує необхідність реєстрації як самозайнятої особи, що здійснює незалежну професійну діяльність, а натомість реєструється лише як фізична особа-підприємець, що здійснює вид економічної діяльності, передбачений КВЕД 2012 під кодом 69.10 – «Діяльність у сфері права». Ставши підприємцем, ця особа обирає спрощену систему оподаткування, і фактично, поєднує два статуси – адвоката та підприємця, що здійснює надання юридичних послуг. При цьому, у питаннях професійної діяльності використовує переваги, які надає статус адвоката (наприклад, можливість участі у кримінальних провадженнях в якості захисника та представника потерпілого, у справах про адміністративні правопорушення в якості захисника, яка недоступна юристам – не адвокатам; можливість подавати адвокатські запити та отримувати на них відповіді під загрозою адміністративної відповідальності за відмову надати відповідь чи порушення строків її подання; спрощений порядок підтвердження повноважень для участі у різних видах провадження – за допомогою договору про надання правової допомоги, тоді як правник – не адвокат для цього повинен отримати від клієнта довіреність, як правило, нотаріальну тощо). У питаннях же обліку, звітності та оподаткування ця особа використовує переваги свого статусу як підприємця – платника єдиного податку. Завдяки цьому практичної можливості такого «симбіозу» двох статусів проблема щодо

заборони реєстрації адвокатів як платників єдиного податку стає не такою гострою.

З точки зору законності така практика є сумнівною, так як особа, фактично здійснюючи адвокатську діяльність (здійснюючи представництво в судах на підставі повноважень адвоката, подаючи адвокатські запити, користуючись імунітетом, що надає статус адвоката), отримані за це доходи декларує і оподатковує як доходи від підприємницької діяльності. Узагальнююча податкова консультація щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів), затверджена наказом ДПС України від 24.12.2012 р. № 1185, передбачає, що у разі неотримання довідки про взяття на облік особою, яка провадить незалежну професійну діяльність, об'єктом оподаткування є доходи, отримані від такої діяльності без урахування витрат [2]. Це означає, що всі доходи адвоката, які він задекларував як суб'єкт підприємницької діяльності, і з яких сплатив єдиний податок, теоретично могли би бути оподатковані в порядку, встановленому для фізичних осіб (не самозайнятих осіб), тобто без врахування витрат на ведення діяльності.

Проте на практиці виявити таке поєднання статусів у однієї особи досить складно, і ніхто не ставить собі це за мету. Органи правозастосування (суди, органи досудового розслідування, інші державні органи), перевіряючи повноваження адвоката на участь у справі, не перевіряють (і не повинні перевіряти) факт реєстрації адвоката як самозайнятої особи. У свою чергу, податкові органи не мають жодної інформації, хто отримав свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

І навіть виявивши таке поєднання, податковому органу важко буде розмежувати доходи особи на ті, що отримані від підприємницької діяльності, і ті, що отримані від адвокатської (незалежної професійної) діяльності, а потім у разі виникнення спору з приводу цього – і довести це в суді.

На практиці окремі адвокати, що вирішили практикувати індивідуально, особливо при наявності у них іншого місця роботи, що дає

їм право на страховий стаж, щоб уникнути необхідності у веденні обліку доходів та витрат, інколи взагалі не стають на облік як особи, що провадять незалежну професійну діяльність, а також не реєструються як суб'єкти підприємницької діяльності. Тим самим вони фактично «випадають» з поля зору податкових органів, опиняються в тіні, і взагалі не сплачують податків. Знову ж таки, практики притягнення адвокатів до відповідальності за такі порушення податкового законодавства фактично немає.

Всі ці вищеназвані порушення ще раз доводять, що обмеження на застосування стосовно адвокатів спрощеної системи оподаткування є досить штучним. Важко пояснити логічно, чому правом на привілеї щодо спрощеного порядку сплати податків можуть володіти лише підприємці.

Достатньо аргументований аналіз співвідношення адвокатської та підприємницької діяльності щодо надання юридичних послуг провів І. Головань, встановивши цілий ряд аналогічний рис обох видів діяльності:

- спільний предмет діяльності – надання правової допомоги (юридичних послуг);
- професійний, систематичний характер надання послуг для невизначеного кола осіб;
- отримання гонорару (винагороди) за надані послуги тощо.

В результаті автор приходять до висновку, що єдина відмінність адвокатської діяльності від інших видів юридичної практики полягає у наявності у адвоката професійних прав та гарантій, якими не володіють інші суб'єкти, що надають юридичну допомогу [6, с. 15].

А якщо різниці у змісті діяльності адвоката і підприємця, що надає юридичні послуги, фактично немає, то неправильним є встановлення обмежень щодо можливості обрання адвокатом спрощеної системи оподаткування.

Тим більше не зрозумілим є це обмеження, якщо врахувати, що адвокатські бюро та адвокатські об'єднання як юридичні особи можуть перебувати на спрощеній системі оподаткування, хоча вони, як і індивідуальна адвокатська практика, є організаційними формами адвокатської діяльності.

Більшості вищезгаданих маніпуляцій адвокатів, до яких вони вдаються з метою мінімізації податків, можна було б уникнути, якщо право обирати спрощену систему оподаткування було надано не тільки юридичним особам та фізичним особам – підприємцям, а й особам, що провадять незалежну професійну діяльність (у тому числі й адвокатам).

З огляду на це слід підтримати пропозиції Позачергового з'їзду адвокатів України, який відбувся 26-27 квітня 2014 року, щодо ініціювання змін до Податкового кодексу України, якими б адвокатам було надано право обирати спрощену систему оподаткування. Щоправда, вважаю, у законопроекті, що був розроблений на підставі цих пропозицій, слід було передбачити можливість застосування спрощеної системи оподаткування до всіх осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, а не лише до адвокатів, як передбачено у проекті [7].

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат може мати рахунок у банку, печатку, штампи, бланки, в тому числі ордера, із зазначенням свого прізвища, імені та по батькові, номера і дати видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Законодавець у цій нормі не зобов'язує адвоката, а надає йому право на ці реквізити. Це означає, що адвокат на свій розсуд вирішує, чи потрібно йому у його діяльності мати банківський рахунок, печатки та штампи і т.д. Відсутність печатки чи банківського рахунку у адвоката не впливає на його правосуб'єктність. Проте, кожен адвокат, зазвичай, виготовляє для себе печатку, відкриває рахунок у банку, оскільки це полегшує його професійну діяльність. Так само й без наявності бланків ордерів адвокат не зможе реалізувати своє право на подання адвокатських запитів.

Неоднозначним є питання щодо реалізації права адвоката, який працює індивідуально, на використання найманої праці.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не регламентує права адвоката на укладення трудових договорів з працівниками, іншими, ніж помічник адвоката (ст. 16 Закону).

Потрібно уточнити, що укласти трудовий договір з помічником

може лише адвокат, який перебуває на обліку як особа, що провадить незалежну професійну діяльність, але не як фізична особа – підприємець. Відповідно до Роз'яснень стосовно роботи помічника адвоката за трудовим договором (контрактом) з адвокатом як самозайнятою особою, затверджених рішенням Ради адвокатів України № 226 від 27.09.2013 р., стаж роботи помічником адвоката, який працював на умовах трудового договору, укладеного з фізичною особою – підприємцем, не включається до стажу роботи в галузі права, необхідного для отримання права на здійснення адвокатської діяльності [8]. Так само, до таких осіб не може бути застосована й норма частини 5 ст. 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яка за певних умов звільняє помічників адвоката від обов'язку проходити стажування.

Крім того, рішенням Ради адвокатів України № 265 від 17.12.2013 р. «Про врахування стажу роботи помічника адвоката, який працює неповний робочий тиждень» передбачено, що для застосування пільги (звільнення від проходження стажування) враховується стаж роботи помічником адвоката, який працював повний робочий тиждень протягом строку працевлаштування на посаді помічника адвоката, а роботодавцем сплачувався Єдиний соціальний внесок за такого помічника адвоката до державного бюджету України у встановленому законом порядку та розмірі [9]. Зазначений висновок хоча й прямо не впливає із Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», проте є цілком логічним, і ліквідує практику, до якої інколи вдавалися адвокати з метою мінімізації своїх витрат на оплату праці помічників, – приймати їх на роботу на неповний робочий тиждень (т. зв. «півставки», «чверть ставки»).

Для того, щоб такий договір вважався укладеним, відповідно до ст. 24-1 Кодексу законів про працю України, він повинен бути зареєстрованим у Центрі зайнятості за місцем діяльності адвоката відповідно до Порядку реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю, затвердженого наказом Міністерства праці та соціальної політики України № 260 від 08.06.2001р. [10].

Закон не обмежує адвоката у прийнятті на роботу і будь-яких інших

працівників, у яких у нього є потреба. Це може бути бухгалтер, секретар, оператор комп'ютерного набору, технічний працівник тощо.

Проте Податковий кодекс України, встановлюючи у пункті 14.1.226. вимоги до самозайнятої особи, яка здійснює незалежну професійну діяльність, визначив, що така особа може використовувати найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб.

Тут існує неузгодженість між нормами трудового законодавства, законодавства про адвокатуру та податкового законодавства. Ні Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ні КЗпП України, не встановлюють жодних обмежень на кількість працівників, яких може прийняти на роботу один адвокат. Обмеження встановлює тільки Податковий кодекс, який не є законом, що регулює трудові правовідносини. Це означає, що теоретично адвокат, який практикує індивідуально, може прийняти на роботу і більше, ніж чотирьох найманих працівників, але при цьому для нього можуть наступити несприятливі податкові наслідки.

У цьому разі його статус як самозайнятої особи у розумінні податкового законодавства може бути поставлений під сумнів із застосуванням відповідних юридичних наслідків. Адвокат може втратити переваги, які дає статус особи, що провадить незалежну професійну діяльність, а саме – при визначенні об'єкту оподаткування враховувати витрати, пов'язані з адвокатською діяльністю; податковим агентам, що виплачують доходи – не утримувати податок на доходи фізичних осіб під час виплати доходу адвокату. У такому разі адвокату доведеться сплачувати суттєво більший податок з доходів фізичних осіб.

Тому адвокату простіше застосовувати інші форми отримання необхідних йому послуг – наприклад, шляхом укладення договорів цивільно-правового характеру, ніж перевищувати встановлений Податковим кодексом України ліміт на найманих працівників.

Якщо ж адвокат матиме необхідність у прийнятті великого штату працівників, йому доцільно задуматися над обранням інших організаційних форм діяльності – адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання.

Література

1. Податковий кодекс України // Офіційний Вісник України. – 2010. – № 92. – ст. 3248.
2. Про затвердження Узагальнюючої податкової консультації щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів) : Наказ Державної податкової служби № 1185 від 24.12.2012 р. [Електронний ресурс]. // Офіційний сайт Державної фіскальної служби України. – Режим доступу: <http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/nakazi/62191.html>.
3. Рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури щодо оподаткування адвокатських об'єднань та адвокатів, як самозайнятих осіб, що здійснюють незалежну професійну діяльність : затверджено Рішенням ВККА від 18.03.2011 р. № VI/4-97 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vkka.net/wp-content/uploads/2010/01/VKKA_Tax.doc.
4. Варфоломеєва Т.В. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність : Збірник нормат. актів. Коментар / Т.В. Варфоломеєва, С.В. Гончаренко – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 432 с.
5. Синеокий О.В. Адвокатура как институт правовой помощи и защиты: новый курс адвокатского права и адвокатской криминалистики. / О.В. Синеокий. – Харьков: Право, 2012. – 520 с.
6. Головань І. До питання про поняття адвокатської діяльності / І.Головань // Адвокат. – 2012. – № 1 (136). – С. 12-15.
7. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо здійснення адвокатської діяльності)», схвалений 26-27 квітня 2014 року Позачерговим з'їздом адвокатів України [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Національної асоціації адвокатів України. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/inshi-dokumenty/proekt-zakonu-pro-advokaturu.pdf>.
8. Роз'яснення стосовно роботи помічника адвоката за трудовим договором (контрактом) з адвокатом як самозайнятою особою : Затверджено рішенням Ради адвокатів України № 226 від 27.09.2013 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/rozyasnennya/2013.09.27-rozyasnennya-226.pdf>.
9. Про врахування стажу роботи помічника адвоката, який працює неповний робочий тиждень : Рішення Ради адвокатів України № 265 від 17.12.2013 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Національної ... Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/rishennya/2013.12.17-rishennya-265.pdf>.
10. Порядок реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю : наказ Мінсоцполітики № 260 від 08.06.2001р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0554-01>.

Анотація

Романюк А.Б. Окремі питання здійснення індивідуальної адвокатської діяльності. – Стаття.

У статті розглядаються особливості здійснення адвокатом адвокатської діяльності індивідуально. Однією з найбільших проблем, пов'язаних з індивідуальною адвокатською діяльністю, є податковий режим, який застосовується до адвокатів, що практикують індивідуально, що не дозволяє обрати спрощену систему оподаткування. Також розглядається питання щодо укладення адвокатом трудових договорів з найманими працівниками.

Ключові слова: адвокат, організаційна форма адвокатської діяльності, здійснення адвокатом адвокатської діяльності індивідуально, самозайнята особа.

Аннотация

Романюк А.Б. Отдельные вопросы осуществления индивидуальной адвокатской деятельности. – Статья.

В статье рассматриваются особенности осуществления адвокатом адвокатской деятельности индивидуально. Одной из наибольших проблем, связанных с индивидуальной адвокатской деятельностью, является налоговый режим, применяющийся к адвокатам, практикующим индивидуально, не позволяющий выбирать упрощенную систему налогообложения. Также рассматриваются вопросы относительно заключения адвокатом трудовых договоров с наемными рабочими.

Ключевые слова: адвокат, организационная форма адвокатской деятельности, осуществления адвокатом адвокатской деятельности индивидуально, самозанятое лицо.

Summary

Romaniuk A.B. Certain Issues on Individual Advocacy. – Article.

In the article the peculiarities of the individual advocacy is considered. One of the most complicated problems, connected with individual advocacy, is the tax regime for advocates prohibiting to choose a simplified tax system. The issues concerning concluding of work contracts with workers are explored.

Key words: advocate, organization form of advocacy, individual advocacy, self-employed person.



МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 341.176.1

П.О. Грималюк

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри трудового, екологічного, земельного і аграрного права Прикарпатського юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАГАЛЬНИЙ АНАЛІЗ АКТІВ «М'ЯКОГО ПРАВА» («SOFT LAW») У ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У Європейському союзі (ЄС) можуть використовуватися акти, які не мають юридичної сили (рекомендації, висновки, резолюції, програми майбутньої політики ЄС), такі акти відносяться до «м'якого права». Незважаючи на досить широке поширення в певних сферах, термін «м'яке право» немає єдиного загального визначення, а тому є дещо складним для розуміння. Також багато зарубіжних вчених дискутують на рахунок взагалі існування такого виду норм, проте органи ЄС в своїй практиці використовують «м'яке право» і чітко розмежують зобов'язання які випливають з нормативно-правових актів та актів «м'якого права».

Дослідженням «м'якого права» займалися як відомі зарубіжні вчені, такі і вітчизняні науковці, зокрема: М. А. Бойле, М. Буроменский, Г. Вельяминов, П. Вейля, В.В. Задорожній, П. Коттрелл, І.І. Лукашук, О.Є.Мавроматі, В. Мицик, Т. Н. Нешатаева, В. Ф. Опришко, М. Сини, К. Чинкин, І.В. Шалінська та ін.

«М'яке право» використовується в системі Європейських співтовариств вже давно. Так, ще стаття 189 Римського договору про утворення Європейського економічного співтовариства (ЄЕС) забезпечила Раді та Комісію можливістю видавати рекомендації і думки

– документи, що не містять юридичних зобов'язань, положення яких можна віднести до «м'якого права» [1, с. 455].

Необхідне уточнення концепції «м'якого права», тому що термін «м'яке право» використовується в різних контекстах і для величезного розмаїття актів. Р. Уоллас і О. Мартін-Ортега вказують, що «м'яке право» це загальний термін, використовуваний для позначення юридично необов'язкових норм [2, с. 313].

Дещо іншу позицію обіймає німецький вчений Д. Тюрер, який вважає «м'яке право» – зобов'язаннями, які являють собою щось більше, ніж політичні заяви, але менш суворе, ніж право [3, с. 429].

Аналізуючи різні доктрини та практику І.І. Лукашук зазначає, що термін «м'яке право» використовується для позначення двох різних явищ. В одному випадку мова йде про особливий вид правових норм, в іншому – про неправові норми. У першому випадку маються на увазі такі норми, які на відміну від «жорсткого права» («hard law») не породжують чітких прав і обов'язків, а дають лише загальну установку, якої тим не менш суб'єкти зобов'язані слідувати [4, с. 143-146].

Найбільш прийнятним для нашого дослідження ми вважаємо визначення Л. Сенден, на її думку «м'яке право» формується з правил поведінки, які закріплені в документах, які не пов'язані юридично обов'язковою силою як такою, але тим не менш, можливо, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив [5, с. 111].

Притримуючись даного визначення у контексті ЄС, можна вказати на три основні елементи «м'якого права» [6, с. 267]. По-перше, цей термін охоплює «правила поведінки» або «зобов'язання». По-друге, ці правила чи зобов'язання викладені в документах, які не мають юридично обов'язкової сили як такої, але тим не менш не позбавлені законної сили. По-третє, вони мають практичний ефект або вплив на поведінку суб'єктів права.

За своєю суттю, «м'яке право» виконує три основні функції. По-перше, норми «м'якого права» можуть фіксувати елементи нормотворчого процесу або констатувати досягнення консенсусу щодо

майбутнього договору або акту.

По-друге, норми «м'якого права» можуть інтерпретувати і доповнювати норми «жорсткого» права. Вони здатні відігравати важливу роль не тільки в заповненні прогалин регулювання, а й у врегулюванні суперечок між сторонами.

По-третє, норми «м'якого права» можуть фіксувати згоду сторін з певного питання без прийняття зобов'язань. У процесі її створення волевиявлення суб'єктів стосується тільки змісту такої норми, але не стосується питання про її обов'язковості, що дозволяє уникнути юридичної відповідальності за невиконання такої [5, с. 120].

Слід зазначити, що до норм «м'якого права» можна віднести акти інституційних органів ЄС, а також спеціалізованих органів ЄС [7, с. 108-110], а саме:

– Зелені книги Європейської Комісії, які мають на меті ініціювати громадське обговорення та розпочати процес консультацій на європейському рівні з певної тематики;

– Білі книги Європейської Комісії містять пропозиції щодо діяльності ЄС. Це розроблені експертами та офіційними службами конкретні напрямки політики [8];

– Кодекси поведінки Європейської Комісії. Наприклад Кодекс поведінки щодо найму дослідників який складається з набору загальних принципів і вимог, яких слід дотримуватися роботодавцями при призначенні або найму дослідників [9];

– Резолюції Європейського Парламенту. До таких належить Резолюцію Європейського Парламенту (про дотримання законодавства щодо прав людини та запровадження базових стандартів ОБСЄ) від 24 травня 2014 року, яка містить певні пропозиції за заклики щодо забезпечення поваги до прав ув'язнених, розрізняти політичну й кримінальну відповідальність та ін. [10];

– Рекомендації Європейської Комісії. До таких можна віднести Рекомендації Європейської Комісії на 2014 національної програми реформування в Австрії і забезпечуючи думку Ради за програмою 2014 стабільності Австрії від 2 червня 2014 року, яка містить певні рекомендації щодо бюджету, розподілу повноважень між владними

органами та ін. [11];

– Повідомлення Європейської комісії. Такі як Повідомлення Комісії Європейському Парламенту Раді та Європейський соціально-економічний комітет про майбутнє ПДВ. Рух до простішої, більш зрозумілої та ефективної системи ПДВ, спеціально пристосованої до єдиного ринку від 6 грудня 2011 року, в якому на основі результатів громадських консультацій, а також дискусій з державами-членами та висновків, наданих європейськими інституціями встановлюються основні риси майбутньої системи ПДВ та ін. [12];

– Акти Європейського омбудсмена, які мають рекомендаційних характер. Прикладом може слугувати розслідування скарги Європейського омбудсмена 2228/2013 / TN проти Європейського центру з розвитку професійної освіти, в якому омбудсмен надав свої рекомендації Європейському центру з розвитку професійної освіти щодо поліпшення доступності Europass CV для осіб з порушеннями зору [13];

– програми майбутньої політики ЄС, плани дій органів ЄС , а також інші акти які можуть приймати форму висновків, резолюцій, декларацій.

Проаналізувавши вищезазначені акти «м'якого права» можна визначити притаманні основні ознаки таких актів, серед яких:

1) акти «м'якого права» є результатом активної нормотворчої діяльності органів Європейського Союзу;

2) акти «м'якого права» поширюються на усіх учасників відносин, які регулюються відповідним актом і мають багаторазовий характер;

3) акти «м'якого права» покликані поступово заповнювати прогалини у законодавстві та приводити уже існуючі норми права у відповідність до висунутих органами ЄС вимогами ти стандартами;

4) акти «м'якого права» не є формально визначеними і не породжують для тієї сторони якій направляється конкретних, чітко визначених прав та обов'язків. Норми «м'якого» права, зафіксовані в рекомендаційних нормативних актах, можуть мати в своєму змісті різний ступінь визначеності формулювання правил поведінки, проте сама форма закріплення цих норм надає їм рекомендаційний характер, тобто такі

норми не можуть породжувати юридичні права і обов'язки [14, с. 324].

Крім основних ознак також можна виділити характерні риси актів «м'якого права», до яких відносяться наступні:

1. Акти «м'якого права» характеризується власною специфічною лексикою. Норми «м'якого права» формулюються в рекомендаційних термінах, що підкреслюють необов'язковий характер узгоджених положень. Так в зазначеній раніше Резолюції Європейського Парламенту (про дотримання законодавства щодо прав людини та запровадження базових стандартів ОБСЄ) Європейський Парламент «закликає» українську владу до певних дій (п.6), «нагадує» про необхідність проведення певних реформ (п.14), «висловлює надію» на успішне проведення спортивних подій (п.16) [10];

2. Акти «м'якого права» можуть слугувати базисом для імплементації в національне право певних приписів. У Резолюція Європейського Парламенту щодо спільної стратегії Європейського Союзу по відношенню до України від 15.03.2001 року, Європейський Парламент вказує на конкретні сфери гармонізації українського законодавства зі стандартами ЄС [15];

3. Якщо акт «м'якого права» створюється інституцією чи органом ЄС, та такий акт пов'язує їх між собою [16];

4. Акти «м'якого права» може фіксувати тимчасові і попередні домовленості без прив'язки до обов'язкової сили. Знову-таки у Резолюції Європейського Парламенту щодо спільної стратегії Європейського Союзу по відношенню до України, Європейський Парламент закликає до «швидкого укладання з Україною Угоди про Наукове та Технологічне Співробітництво», що і було реалізовано 4 липня 2002 року з підписанням відповідної угоди.

5. Акти «м'якого права» завжди носить писаний характер. Тобто норми «м'якого права» зафіксовані в різного роду актах – резолюції, повідомлення, рекомендації, та ін. [17].

Щодо використання актів «м'якого права», установчі договори ЄС встановили в яких сферах вони застосовуються, а саме:

– в Римських договорах 1957 року йдеться про сфери конкуренції та транспорту;

- в Єдиному Європейському акті йдеться про сфери регіональної політики, розробці та дослідженні технологій, навколишнього середовища, а також зовнішній політиці;
- в Маастрихтському договорі 1993 року йдеться про сфери соціальної політики, розвитку промисловості, освіти та культури, фінансового управління, а також економіки;
- в Амстердамському договорі 1999 року йдеться про сферу зайнятості;
- в Лісабонському договорі 2009 року йдеться про сферу енергетики [14, с. 29-31].

Розглянувши акти «м'якого права» не можна не зупинитися на такому питанні, як суб'єкти «м'якого права». Які слід розглядати у двох площинах:

- суб'єкти які створюють акти «м'якого права» - це органи ЄС до яких можна віднести Європейський Парламент, Європейську Комісію, Європейський Омбудсмен, а також інші органи ЄС;
- суб'єкти на яких поширюється «м'яке право» - це перш за все творці таких норм, а також усі суб'єкти щодо яких діють такі норми (органи ЄС, держави-члени ЄС, фізичні особи та ін).

Західні науковці характеризують акти «м'яке право», як сукупність норм в яких відсутні ознаки актів «жорсткого права» [18]. Отже можна провести розмежування означених термінів. По-перше, акти «м'яке право» - це певні норми, які є юридично необов'язкові. Акти «Жорстке право» - це певні норми, які є юридично обов'язковими і тягнуть за собою відповідальність у разі їх невиконання.

По-друге, до актів «жорсткого права» відносяться – різного роду договори, резолюції у сфері безпеки, встановлені правила та ін. До актів «м'якого права», як вже зазначалося, відносяться – рекомендації, резолюції, повідомлення, плани дій та ін.

По-третє, дотримання норм які містяться в актах «м'якого права» не контролюється і не забезпечується примусовими заходами з боку Європейського Союзу, на противагу цьому здійснюється контроль щодо виконання норм, які містяться в актах «жорсткого права», і можливе

накладення певних санкцій у разі їх невиконання.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що «м'яке право» фактично є новим, мало дослідженим явищем. Проте значення актів «м'якого права» для правопорядку Європейського Союзу є вагомим, незважаючи на їх рекомендаційний характер. «М'яке право» формується з правил поведінки які закріплені в документах, які не пов'язані юридично обов'язковою силою як такою, але тим не менш, можливо, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив. До актів «м'якого права» належать зелені книги, білі книги, резолюції Європейського Парламенту, кодекси поведінки, рекомендації, повідомлення Європейської комісії, акти Європейського омбудсмена, програми майбутньої політики ЄС, плани дій органів ЄС, а також інші акти які можуть приймати форму висновків, резолюцій, декларацій. Такі акти мають загальний характер і покликані поступово заповнювати прогалини у законодавстві та приводити уже існуючі норми права у відповідність до висунутих органами ЄС вимогами та стандартами. Акти «м'якого права» відносяться до писаних джерел права; є результатом активної нормотворчої діяльності органів ЄС; поширюються на усіх учасників відносин, які регулюються відповідним актом і мають багаторазовий характер; покликані поступово заповнювати прогалини у законодавстві та приводити уже існуючі норми права у відповідність до висунутих органами ЄС вимогами та стандартами; не є формально визначеними і не породжують для тієї сторони якій направляється конкретних, чітко визначених прав та обов'язків. Акти «м'якого права» характеризується власною специфічною лексикою; можуть слугувати базисом для імплементації в національне право певних приписів; пов'язують органи ЄС між собою; можуть фіксувати тимчасові і попередні домовленості без прив'язки до обов'язкової сили; та завжди носить писаний характер. Також можна чітко розмежувати «м'яке право» та «жорстке право», як необов'язкові та обов'язкові до виконання норми відповідно. На сьогоднішній день акти «м'якого права» використовуються в різноманітних сферах суспільного життя.

Література

1. Thurer Daniel, Soft Law. Encyclopedia of Public International Law. Volume IV / D.Thurer – North-Holland., 2000. – 1650 p.
2. Wallace R., Martin-Ortega O. International Law. / R.Wallace, O.Martin-Ortega – London, 2009. – 438 p.
3. Thüser D. ‘Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht? // Zietschrift für Schweizer recht. – 1985. - № 104. – P. 429-454.
4. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть / И.И. Лукашук – М., 2005. – 415 с.
5. Senden L. Soft Law in European Community Law / L. Senden //Hart publishing, – USA, 2004. – 533 p.
6. Borchardt G., Wellens K. Soft Law in European Community Law / G. Borchardt, K. Wellens // Euro L Rev. – Vol.14, No 5. – 1989. – 663 p.
7. Florence Benoît-Rohmer and Heinrich Klebes Towards a pan-European legal area /B.R. Florence, H.K. Towards □ Council of Europe, 2005 □ 245 p.
8. Марченко М. Глосарій термінів Європейського Союзу [Електронний ресурс] / Марина Марченко – Режим доступу до ресурсу: <http://europa.dovidka.com.ua/ee.html# European Economic and>.
9. The Code of Conduct for Recruitment [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://ec.europa.eu/euraxess/index.cfm/rights/codeOfConduct>.
10. Резолюція Європейського Парламенту (про дотримання законодавства щодо прав людини та запровадження базових стандартів ОБСЄ) [Електронний ресурс] // Європейський Союз. – 2012. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a89).
11. Recommendation for a Council Recommendation on Austria’s 2014 national reform programme and delivering a Council opinion on Austria’s 2014 stability programme [Електронний ресурс] // European Commission. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/osterreich/country-specific-recommendations/index_en.htm
12. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the future of VAT - Towards a simpler, more robust and efficient VAT system tailored to the single market. [Електронний ресурс] // European Commission. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/vat/key_documents/communications/index_en.htm.
13. Decision of the European Ombudsman closing the inquiry into complaint 2228/2013/TN against the European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop) [Електронний ресурс] // European Ombudsman. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/58448/html.bookmark>
14. Черниченко, С. В. Теория международного права: в 2 т. / С.В. Черченко. □ М., 1999. □ 336 с.
15. Резолюція Європейського Парламенту щодо спільної стратегії Європейського

Союзу по відношенню до України (С 5-0208/2000 - 2000/2116(COS) [Електронний ресурс] // Європейський Союз. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_493.

16. Резолюція Європейського Парламенту щодо України [Електронний ресурс] // Європейський Союз. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a37.

17. Калиниченко П. А. Правовое регулирование отношений между Россией и Европейским Союзом : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.10 "Международное право, Европейское право" / П.А. Калиниченко – Москва, 2011. – 51 с

18. Велижанина М. Ю. «Мягкое право»: его сущность и роль в регулировании международных отношений : автореф. дис. на соискание учен. степени кандидата юрид. наук : спец. 12.00.10 "Международное право, Европейское право" / М.Ю. Велижанина – Москва, 2007. – 30 с.

Анотація

Грималюк П.О. Загальний аналіз актів «м'якого права» («soft law») у праві Європейського Союзу. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу поняття «м'якого права» в Європейському Союзі, визначення актів які відносяться до «м'якого права», їх ознак та характерних рис, суб'єктів «м'якого права», сфер застосування таких актів, а також визначення відмінностей актів «м'якого права» від актів «жорсткого права».

Ключові слова: «м'яке право», «жорстке право», акти «м'якого права», характерні риси актів «м'якого права», рекомендації, резолюції.

Аннотация

Грималюк П.О. Общий анализ актов «мягкого права» («soft law») в праве Европейского Союза. – Статья.

В статье рассматривается понятия «мягкого права» в Европейском Союзе, определения актов относящихся к «мягкого права», их признаков и характерных черт, субъектов «мягкого права», сфер применения таких актов, а также определение различий актов «мягкого права» от актов «жесткого права».

Ключевые слова: «мягкое право», «жесткое право», акты «мягкого права», характерные черты актов «мягкого права», рекомендации, резолюции.

Summary

Hrymalyuk P. O. The General Analysis of Soft Law Acts in European Union Law. – Article.

The article deals with the concept "soft law" in European Union, definition of acts that belong to "soft law", their features and characteristics, the subjects of soft law, the

domain of use these acts, determination of differences between soft law and of hard law acts.

Key words: soft law, hard law, acts of soft law, features of soft law, recommendation, resolutions.



УДК 347.998.72

В.А. Гринчак

кандидат юридичних наук, доцент
кафедри міжнародного права
Львівського національного
університету імені Івана Франка

ПРИНЦИПИ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Міжнародному кримінальному праву, як галузі міжнародного публічного права одночасно притаманні як основні принципи міжнародного права, які у Розділі X Декларації про державний суверенітет від 16.07.1990 р. наша держава визначає як «загальновизнані норми загального міжнародного права», так і особливі, галузеві принципи.. Різні точки зору дослідників в сучасній літературі не завжди сприяють формуванню єдиного підходу до питання системи принципів міжнародного кримінального права. Часто, вчені надто розширюють спектр галузевих принципів міжнародного кримінального права, перекручуючи їх правову природу та зміст, інколи змішують їх з основними принципами міжнародного права чи дублюють складові останніх, попередньо їх відокремивши тощо. Як наслідок, сьогодні у юридичній літературі фактично відсутні концепції загальновизнаної система принципів міжнародного кримінального права, які забезпечують співробітництва держав у боротьбі зі злочинністю.

Відомий юрист-міжнародник Л.Н. Галенська пропонує поєднувати

дві групи принципів, що регулюють таке співробітництво включивши основні принципи загального міжнародного права, тобто загальновизнані принципи, дія яких поширюється на всю сферу міжнародного права та спеціальні принципи, які характеризуються значно вужчою сферою застосування [1, с. 7-8]. Видається, що такий підхід можна взяти за основу та доповнити аналізом особливостей взаємодії та ієрархії між цими категоріями і, як наслідок - визначити конкретні межі кожного принципу.

Беззаперечно, що вплив основних принципів міжнародного права на будь-яку галузь міжнародного права характеризується перш за все встановленням базових засад її формування та розвитку. Незважаючи на певну самостійність галузевих принципів, так чи інакше вони тісно пов'язані з основними принципами міжнародного права. Більше того, вони фактично є продовженням (розвитком) останніх. Зазвичай, основні принципи міжнародного права забезпечують первинну диференціацію міжнародних зобов'язань, натомість галузеві, у свою чергу, формують додаткові взаємопов'язані міжнародні зобов'язання з питань взаємодії суб'єктів міжнародного права щодо новостворених об'єктів міжнародного права. Виходячи з цього, вести мову про ієрархію чи будь-які інші елементи підпорядкованості змісту немає – субординація галузевих принципів є очевидною.

З іншого боку, взаємодія основних принципів міжнародного права і галузевих принципів викликає певну зацікавленість. По-перше, обидві категорії тісно пов'язані. По-друге, одна – є продовженням іншої. Зваживши на ці обставини можна вести мову не лише про взаємозалежність, але і про певне продовження, вдосконалення, розвиток тощо. Тому, для позначення взаємодії основних принципів міжнародного права і галузевих принципів міжнародного кримінального права краще використовувати термін «розвиток», оскільки саме ним вдало підкреслюється динаміка їх взаємодії і взаємозалежність.

Саме терміном «розвиток основних принципів міжнародного права у міжнародному кримінальному праві» можна пояснити правову природу принципів загалом і динаміку їх взаємодії. На перший погляд видається, що ми маємо справу з двома різними явищами. З одного боку, цілком

зрозумілий керівний та координуючий вплив на галузь основних принципів міжнародного права, з іншого – галузеві принципи міжнародного кримінального права повинні володіти певною самостійністю, яка загалом дозволяє якщо не вийти за межі основних принципів міжнародного права, то принаймні розвинути їх.

Основні принципи міжнародного права, які визначають поведінку держави у сфері міжнародного співробітництва, закріплені у низці найважливіших міжнародно-правових актах, до яких належать Статут ООН 1945 р., Декларація про принципи міжнародного права, що стосується дружніх відносин і співробітництва між державами згідно зі Статутом ООН 1970 р. (Декларація про принципи 1970 р.), Заключний акт Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р. (розділ «Декларація принципів, якими держави учасниці будуть керуватися у взаємних відносинах») тощо. Для правильного розуміння суті взаємодії основних принципів міжнародного права та галузевих принципів нам допоможуть такі властивості основних принципів міжнародного права як універсальність, «секторна» та «векторна» властивості.

Універсальність основних принципів міжнародного права передбачає, що виникнення явищ міжнародного права поза межами юрисдикції основних принципів міжнародного права неможлива. Будь-які явища міжнародного права повинні або впливати із змісту основних принципів міжнародного права, або з ним узгоджуватися. Саме узгодження для галузевих принципів, по суті, елементів самостійності і незалежності від основних принципів міжнародного права не містить. Всі явища міжнародного права зазвичай приводяться до відповідності із змістом або смислом (розумінням, аналогією тощо) основних принципів міжнародного права при домінуючому становищу останніх.

«Векторна» властивість (висхідний характер) основних принципів міжнародного права демонструє природу динаміки формування і розвитку будь-якого явища міжнародного права. Основний принцип міжнародного права встановлює перш за все мінімум правовідносин, який є незмінним і не може збуватися. Іншими словами, це відправна точка з якої може взяти початок будь-яке явище міжнародного права. Водночас,

зважаючи на нормативно-правовий зміст принципу, в основу формування і розвитку явищ міжнародного права закладається напрям і критерії, які конкретизують і коригують процес розвитку. Якщо провести аналогію, основний принцип міжнародного права можна асоціювати з деревом, на якому з плином часу з'являються гілки, листя, плоди і т.д. Ця властивість дозволяє встановити взаємозалежність і правову природу норм міжнародного права сформованих на базисі основних принципів міжнародного права.

«Секторна» властивість основних принципів міжнародного права тісно пов'язана з «векторною» властивістю. Вона розглядає основні принципи як узгоджене цілісне утворення, в якому кожному із принципів відведена певна роль і відповідний об'єм правовідносин. Практично, ця властивість дозволяє розмежувати приналежність норм міжнародного права до регулювання з боку того чи іншого основного принципу міжнародного права.

Учасниками правовідносин, віднесених до міжнародного кримінального права є насамперед держави. Тому, перш за все, основу аналізованої системи складають ті принципи, які характеризують державу як сторону, учасника правовідносин, а саме: поважання державного суверенітету, невтручання у внутрішні справи тощо. Інший спектр – принципи, які стосуються процесу їх взаємодії, тобто – співробітництва, а саме: добросовісне виконання міжнародних зобов'язань та власне принцип співробітництва. Також необхідно наголосити, що у процесі застосування норм міжнародного права у сфері боротьби зі злочинністю, суб'єкти міжнародного права не можуть не зважати на інші об'єкти міжнародного права, зокрема: мінімальні стандарти у галузі прав людини та основних свобод та їх складовою - міжнародними стандартами у поводженні з правопорушниками.

В юридичній літературі можна знайти різні позиції щодо кола спеціальних принципів. Переважна більшість їх зосереджена навколо галузей міжнародного публічного права та кримінального процесу. Якщо юристи-міжнародники намагаються знайти особливості поведінки суб'єкта міжнародного права з питань співробітництва у боротьбі зі злочинністю, то інша категорія дослідників намагається поєднати засади

міжнародного публічного права з модернізованими для потреб міжнародного співробітництва принципів кримінально-процесуального права, а інколи – принципів кримінального права. Зокрема, Л.Н. Галенська вважає, що цю групу складають принципи невидачі політичних емігрантів, невідворотності покарання, гуманності, захисту прав своїх громадян за кордоном тощо [1, с. 19].

Недолік такого підходу є очевидним, оскільки позиція автора нехтує правовою природою, особливостями та динамікою формування галузевих (спеціальних) принципів міжнародного кримінального права. Видається, причинами такого стану речей є штучний теоретичний розрив зв'язку основних принципів міжнародного публічного права та галузевих принципів міжнародного кримінального права, а також недооцінка специфічного об'єкта міжнародного права, який включає особливу складову – протиправну поведінку фізичної особи.

За своєю природою галузеві принципи повинні бути схожими на основні принципи міжнародного права. Зазвичай, вони теж - загальні засади, які розкривають суть і зміст того чи іншого виду співробітництва. Для правильного розуміння того, що собою являють принципи міжнародного кримінального права необхідно визначити сферу їх застосування.

Принципи міжнародного кримінального права невід'ємно пов'язані з об'єктом міжнародного кримінального права. Не вдаючись у деталі питання об'єкту міжнародного кримінального права, можна стверджувати, що ці принципи будуть стосуватися поведінки держав, як суб'єктів міжнародного права, що спрямована на боротьбу зі злочинністю. Зазвичай, левову частину правовідносин у міжнародному кримінальному праві сторони врегульовують керуючись основними принципами міжнародного права, оскільки взаємодія держав є стандартною і звичною поведінкою суб'єкта міжнародного права. Специфіку правовідносин зумовлює об'єкт міжнародного кримінального права, складовою якого є наявність міжнародних стандартів у галузі прав людини та основних свобод, у тому числі: поводження з окремими категоріями індивідів зокрема. Для перетворення правової норми у

галузевий принцип необхідно, щоб вона додатково, у порівнянні з міжнародним публічним правом обмежувала можливості поведінки держав, формуючи відповідні універсальні та обов'язкові засади останньої. Тому, враховуючи специфіку співвідношення основних принципів міжнародного права і галузевих, для останніх необхідно відшукати «територію» де вони себе реалізують як відокремлені та самостійні і специфічно впливають на поведінку держав. Це, зрозуміло, сфера правовідносин у яких галузеві принципи міжнародного кримінального права є домінуючими і завдяки їм формується особлива поведінка суб'єктів міжнародного права на міжнародній арені.

Першим критерієм у процесі формування співробітництва держав у боротьбі зі злочинністю є наявність протиправної поведінки індивіда. Особа в якості правопорушника розглядається національним законодавством обох сторін: в іншому випадку це не буде боротьбою зі злочинністю. Лише за відповідних обставин переслідування правопорушника буде однаковим на території будь-якої із договірних сторін, а покарання – неминучим. Це дозволяє забезпечити легітимність переслідування особи з боку держави, яка потерпіла від протиправної поведінки, а сам процес переслідування - об'єктивним і закономірним. Зважаючи на те, що міжнародне співробітництво можливе лише за дотримання вищенаведених умов, врахування фактору протиправної поведінки індивіда є обов'язковою вимогою, невід'ємним атрибутом та обставиною без якої співробітництво неможливе.

Саме з протиправної поведінки індивіда, яка спричинила міжнародно-правові наслідки варто розпочинати аналіз динаміки формування галузевих (спеціальних) принципів міжнародного кримінального права. Зважаючи, що будь-які принципи – це основні, вихідні положення, які виражають правові засади, суть та зміст явища, перш за все протиправна поведінка, а краще – протиправність поведінки, повинна бути його невід'ємним елементом. Значна частина дослідників погоджується, що базовою складовою міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю є одноманітний підхід сторін співробітництва до кваліфікації міжнародно-правового явища, у нашому випадку – скоєння злочину, тобто підтвердження факту вчинення протиправної поведінки і

визнання її в якості такої. Цей принцип отримав назву «подвійної кримінальності» – особа розцінюється як злочинець договірними сторонами, а її поведінка – протиправною та забороненою. Суть принципу полягає у наступному: держава що потерпіла від протиправної поведінки і держава до якої звернене клопотання про співробітництво визначену особу за вчинену поведінку могли б притягнути до відповідальності самостійно (або ж іншими словами – паралельно). Як наслідок, можна говорити про ідентичність злочину для обох сторін, якому характерна однакова суспільна небезпека, відповідність санкцій за національним законодавством тощо.

Принцип «подвійної кримінальності» тісно пов'язаний з основними принципами міжнародного права «суверенної рівності» та «невтручання у внутрішні справи». Він деталізує та розвиває їх у питаннях взаємодії держав та поводження з правопорушниками гарантуючи сторонам повагу права на переслідування правопорушника та компетенцію щодо підстав, видів та засобів переслідування.

Єдиний стандарт протиправної поведінки для договірних сторін зумовлює відповідний (однаковий) комплекс дій для забезпечення міжнародного співробітництва без винятків та преференцій. Сфера таких дій охоплює всі форми міжнародної співпраці у боротьбі зі злочинністю. Співробітництво щодо конкретного правопорушника на вимогу однієї із договірних сторін є обов'язковим, а відмова вважається недружнім актом чи, взагалі – підставою міжнародно-правової відповідальності. Кожна держава вправі вимагати поваги наслідків, які випливають з державного суверенітету, зокрема, і у питаннях переслідування правопорушника. За умов дотримання державою, що потерпіла від правопорушення, вимог міжнародного права, клопотання щодо переслідування правопорушника повинне бути задоволене у повному обсязі, тобто у рамках визначених міжнародним правом, домовленостями сторін тощо.

Принцип невтручання у внутрішні справи у питаннях подвійної кримінальності забезпечується через визнання державою кінцевого результату застосування норм та механізмів національного законодавства до правопорушника. Суть проблеми полягає лише у розбіжностях

кримінально-процесуального права договірних сторін. У процесі переслідування правопорушника держави визнають результати процесуальних дій органів договірної сторони згідно з її національним правом і сприймають їх в якості рівнозначних аналогічним діям власних органів згідно чинного законодавства.

Зазвичай основою подвійної криміналізації є те, що не зважаючи на можливі відмінності національного законодавства, визнання судових та процесуальних дій і процедур сторонами є взаємним. Сторони погоджуються, що вчинені процесуальні дії одною стороною є належними і легітимними настільки, наскільки вони могли б бути вчиненими у відповідності до національного законодавства іншою. Це спрощує співробітництво, оскільки не вимагає від сторін використання процесуальних дій, характерних для законодавства іншої сторони і жодна із сторін не вправі претендувати на те, що інша сторона погодиться вчинити ті чи інші процесуальні дії чи процедури не притаманні її процесуальному праву.

Отже, подвійна кримінальність може кваліфікуватися в якості базового галузевого принципу міжнародного кримінального права. Сьогодні принцип «подвійної кримінальності» у міжнародному кримінальному праві можна тлумачити дещо розширено. З одного боку він встановлює необхідний і достатній мінімум – особа є правопорушником за законодавством обох держав, з іншого – визначає межі і обсяг переслідування. Тому, в доповнення до принципу «подвійної кримінальності» необхідно кваліфікувати ще два принципи міжнародного кримінального права: принцип «переслідування особи лише за злочини, які закріплені у міжнародних договорах» і принцип «обмеження переслідування особи максимумом мінімальної санкції за законодавством обох сторін», який інколи називають принципом гуманності.

Істотним для галузевих принципів міжнародного кримінального права є не лише їх залежність від основних принципів міжнародного публічного права, розвитком і продовженням яких вони виступають, але і їх спеціалізація, тобто залежність чи відповідність конкретному основному принципу міжнародного публічного права. Зокрема, принципу «*pacta sunt servanda*» («договори мають дотримуватися») відповідає

галузевий принцип, який встановлює межі переслідування правопорушника, а саме: переслідування особи лише за злочини, які виступають предметом міжнародного співробітництва, тобто, закріплені у міжнародних договорах.

На перший погляд, принцип «переслідування особи лише за злочини закріплені у міжнародних договорах» дуже схожий на принцип «подвійної кримінальності». Проте, його правова природа та роль у міжнародному кримінальному праві зовсім інша.

По-перше, якщо принцип «подвійної кримінальності» встановлює підставу для співробітництва держав, то принцип «переслідування особи лише за злочини закріплені у міжнародних договорах» навпаки встановлює межі дозволеної поведінки держав у процесі переслідування правопорушника. У цьому випадку важливою складовою переслідування є поєднання вчинених особою так званих «екстрадиційних» (закріплених у міжнародних договорах) злочинів та «не екстрадиційних» (передбачених лише законодавством потерпілої від злочину сторони). Термін «екстрадиційні злочини» використовується дослідниками для позначення категорії злочинів, щодо яких здійснюється міжнародне співробітництво. Його вживання – дань традиціям найдавнішої форми співробітництва – видачі злочинців (екстрадиції). Відсутність складу злочину у тексті міжнародного договору загалом унеможливорює переслідування правопорушника.

Беззаперечно, що принцип «подвійної кримінальності» та принцип «переслідування особи лише за злочини закріплені у міжнародних договорах» взаємозалежні та тісно пов'язані, оскільки формують протилежні складові одного явища.

По-друге, правова природа принципу «переслідування особи лише за злочини закріплені у міжнародних договорах» безпосередньо пов'язана з правовою природою міжнародних договорів. Стаття 62 Віденської конвенції про право міжнародних договорів визначає жорсткі правила щодо винятків у питаннях відходу державами від встановленої поведінки [2, с. 168-177]. Клаузула *rebus sic stantibus* (незмінність обставин) в даному випадку може тлумачитися ширше, забороняючи «повернення до

гіршого», а саме: розширення державою обсягу переслідування (санкцій) в односторонньому порядку, тобто збільшення їх у порівнянні з гарантіями міжнародного права.

Дослідник Іногамова – Хегай Л.В. виокремлює галузевий принцип «відповідальність за діяння, визнане злочином нормою міжнародного кримінального права» [3, 46] і прирівнює його до принципу кримінального права *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону). Застосування цього обмеження звужує зміст запропонованого принципу, хоча загалом з таким підходом можна було б погодитися. Відсутність складу злочину у міжнародних договорах зазвичай не виключає факт його кодифікації. Просто окремі держави не мають наміру здійснювати міжнародне співробітництво щодо певних видів протиправної поведінки (злочинів). Видається, елемент волі держави виражений у міжнародному зобов'язанні беззаперечно переважає будь-які інші.

Відповідальності особи лише за злочини, які були предметом співробітництва, суттєво обмежує можливості переслідування правопорушника. Особа може вчинити ряд правопорушень, які не увійдуть в перелік екстрадиційних злочинів і переслідування за їх вчинення здійснюватися не буде. Даний принцип зрозуміло розрахований на забезпечення інтересів насамперед правопорушника, проте він не суперечить повазі «права на переслідування» з боку держави що потерпіла від правопорушення. Кожна держава самостійно визначає перелік протиправних дій за які вона вимагатиме видачі злочинця чи іншого виду співробітництва і водночас виражає готовність вчинити так само з правопорушниками, через поведінку яких потерпіла договірна сторона. Фактично, держава диференціює категорії злочинів і визначає для себе пріоритети. З іншого боку, склади злочинів, суспільна небезпека тощо в національних законодавствах не завжди співпадають. Якщо сторони не вжили заходів для формування єдиних підходів до певних категорій протиправних дій, тим самим вони допустили майбутні обмеження у переслідуванні правопорушника.

Водночас вживання терміну «відповідальність особи» у назві принципу на нашу думку є не зовсім вдалою, оскільки може натякати на участі індивіда в якості суб'єкта міжнародного права. Поводження

держави з підконтрольною особою краще характеризувати терміном «переслідування», який є ширшим і включає всі етапи взаємовідносин держави й особи.

Принцип обмеження переслідування особи мінімальною санкцією за законодавством договірних сторін, як видається є не лише наслідком, який випливає із основного принципу міжнародного права: поваги прав людини і основних свобод. Допустимо, що він запозичений як явище кримінального права, яке відоме багатьом національним системам. Формування такого підходу до переслідування злочинців своїми коріннями сягає Стародавнього світу. Його витoki можна побачити в ордаліях, притаманних кримінальному праву Древніх віків та Середньовіччя, коли подолання злочинцем певних випробувань звільняло від відповідальності. Зокрема, це стосувалося злочинів, коли провину було важко довести (наприклад: злочини пов'язані із чаклунством тощо). Беззаперечно його складовою можна вважати явища звільнення від рабства рабів-втікачів у древніх греків або перегляд кандидатури їх власника у народів Причорномор'я [4, с. 27], притулок у культових спорудах у древніх іудеїв тощо, які змінювали вид відповідальності для правопорушників чи взагалі звільняли від неї.

Перебуваючи на території держави, де санкція за правопорушення є меншою, особа так чи інакше претендує на більш гуманний режим. Зважаючи на те, що якби особу переслідували в країні перебування відповідальність була б меншою розмір санкції повинен бути фіксованим не залежно від того де особі буде виноситися покарання. Даний принцип є досить розповсюджений в практиці держав, зокрема: врахування розміру санкції, застосовуваної на території договірної сторони при видачі злочинця та при перейнятті кримінального провадження (ст. 541 КПК України). Держава, яка видала злочинця (передала кримінальне провадження) вправі контролювати за процесом переслідування і винесення покарання на території іншої держави.

Використання кращих стандартів у процесі переслідування правопорушника розширює можливості міжнародного права щодо гуманізації як самого переслідування, так і його наслідків, зокрема:

покарання винної особи. Динаміка розвитку норм міжнародного права з питань переслідування правопорушників безпосередньо вказує на необхідності обрання гуманнішого режиму переслідування, а в окремих випадках навіть допускає ініціативу правопорушника щодо такої можливості. Зокрема, право на звернення правопорушника до зацікавлених держав із клопотанням про передачу судочинства передбачена ст. 8 Типового договору про передачу кримінального судочинства, затвердженого Резолюцією 45/118 Генеральної Асамблеї ООН [5, с. 880].

Окремі дослідники кодифікують також принцип взаємності. Тому, низка держав у національному законодавстві використовує термін «взаємність» щоб уникнути плутанини. Видається правовідносини на засадах взаємності належать до явищ позадоговірних зобов'язань у міжнародному праві і, зважаючи на відсутність обов'язкового характеру, галузевим принципом міжнародного кримінального права виступати не можуть.

Галузеві принципи міжнародного кримінального права в сучасних умовах суттєво вдосконалюють співробітництво держав. Складаючи з основними принципами міжнародного права єдине ціле вони розвивають їх і доповнюють елементами, які виробила міжнародна практика. Водночас вони не лише уточнюють зміст основних принципів міжнародного права, але і демонструють динаміку їх розвитку та відтворення в нормах сучасного міжнародного права.

Література

1. Галенская Л.Н. Правовые проблемы сотрудничества государств в борьбе с преступностью. Л.Н. Галенская. – Л.: Изд. ЛГУ, 1978.
2. Венская конвенция оправа международных договоров. Комментарий. – М.: Юрид. литер 1997.
3. Иногамова – Хегай Л.В. Международное уголовное право / Л.В. Иногамова – Хегай. – С-Пб.: Юридический центр Пресс, 2003.
4. Бойко І.Й. Кримінальні покарання в Україні (ІХ – ХХ ст.): навч. Посібник. І.Й, Бойко. – Львів: ЛНУ ім. Івана Франка, 2013.
5. Международное уголовное право в документах: Учебное пособие. В 2 т. Т.1./ Сост. Р.А. Валеев, И.А. Тарханов, А.Р. Каюмова. – М.: Статут, 2010.

Анотація

Гринчак В. А. Принципи міжнародного кримінального права. – Стаття.

Стаття аналізує систему принципів міжнародного кримінального права. Основна увага зосереджена на розвитку основних принципів міжнародного права у міжнародному кримінальному праві, їх співвідношенні та взаємодії з галузевими принципами міжнародного кримінального права а також розкривається суть і зміст галузевих принципів міжнародного кримінального права.

Ключові слова: галузеві принципи міжнародного кримінального права, принцип подвійної кримінальності, принцип переслідування особи лише за злочини закріплені у міжнародних договорах, принцип обмеження переслідування особи мінімальною санкцією за законодавством договірних сторін.

Аннотация

Гринчак В. А. Принципы международного уголовного права. – Статья.

Статья анализирует систему принципов международного уголовного права. Основное внимание сосредоточено на развитии основных принципов международного права в международном уголовном праве, а также раскрывается смысл и содержание отраслевых принципов международного уголовного права.

Ключевые слова: принципы международного уголовного права, принцип двойственной криминализации, принцип преследования лица исключительно за преступления, предусмотренные международными договорами, принцип ограничения преследования лица минимальной санкцией за законодательством договорных сторон.

Summary

Hrynychak V.A. Principles of the International Criminal Law. – Article.

The article analyses the system of principles of international penal law. Main attention is concentrated on development of basic principles of international law in an international criminal law, their correlation and co-operation with of a particular branch principles of international criminal law, and also essence and maintenance of a particular branch principles of international criminal law opens up.

Key words: a particular branch principles of international criminal law, principle of pursuit of person, are only on crimes fastened in international agreements, principle of limitation of pursuit of person by minimum approval on the legislation of contractual sides



ВИМОГИ ДО МАТЕРІАЛІВ, що подаються для опублікування у збірнику наукових праць «Прикарпатський юридичний вісник»

До друку у збірнику «ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК» приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. Матеріали для опублікування можуть подаватися українською, російською і англійською мовами. При їх підготовці необхідно дотримуватися чинних стандартів для друкованих праць і вимог Міністерства освіти і науки 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 напрямі.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу (у формі виписки з протоколу) або рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності (для аспірантів, здобувачів бажаною є рецензія наукового керівника).

Загальний обсяг публікації – 8-14 сторінок. Шрифт: Times New Roman; кегль 14, інтервал – 1,5; вирівнювання – по ширині, поля - 20 мм.

На початку рукопису необхідно зазначити шифр 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 матеріалів подаються анотації трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотація має містити: прізвище та ім'я автора, назву статті, стислий виклад змісту статті, ключові слова (до десяти окремих слів або словосполучень).

До редакційної колегії «ПЮВ» необхідно додавати:

- роздрукований текст статті та інформаційну довідку про автора. Інформаційна довідка має містити: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посаду, поштову адресу, контактний телефон, адресу електронної пошти).
- текст статті та інформаційну довідку про автора на електронному носії.
- авторський реферат статті англійською мовою для розміщення на веб-сайті видання

(авторський реферат статті повинен містити: прізвище та ініціали автора, назву статті, стислий зміст статті **мінімальним обсягом 200 слів**).

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

Додаткова інформація про вимоги до публікацій, порядок подання статей до друку розміщені на сайті наукового видання <http://www.pjv.at.ua>.

Зразок оформлення статті

УДК

Н.П. Іванчук

кандидат юридичних наук, доцент кафедри...

ПРО ЗМІСТ КАТЕГОРІЇ «ПРАВОВИЙ КОНФЛІКТ»

Основний текст [1, с. 10]...

Література

1. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав людини в Україні / Н. І. Карпачова. – Х.: Консум, 2001. – 464 с.
2. Лукашук И. И. Международное уголовное право / И. И. Лукашук, А. В. Наумов. – М. : Спарк, 1999. – 287 с.
3. Копиленко О. Деякі методологічні аспекти наукового забезпечення законодавчого процесу / О. Копиленко, Г. Мурашин // Вісник Академії правових наук України. – № 2. – С. 132-142.
4. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 // Офіц. вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.
5. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 95 (I), 11 грудня 1946 р. «Про підтвердження принципів міжнародного права, які визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу» [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документа:

<http://portal.rada.gov.ua/>

Анотація

Іванчук Н.П. Про зміст категорії «правовий конфлікт». – Стаття.

Стаття присвячена розгляду ...

Ключові слова: правовий конфлікт...

Аннотация

Иванчук Н.П. О содержании категории «правовой конфликт». – Статья.

В статье рассматривается...

Ключевые слова: правовой конфликт...

Summary

Ivanchuk N.P. About the definition «legal conflict». – Article.

The article is devoted...

Keywords: legal conflict...

Прикарпатський юридичний вісник

№ 3 (6), 2014

Збірник наукових праць (заснований у 2011 році)