

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

Заснований
у 1997 р.

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації № 222,
серія 33,
20 червня 1997 р.

Адреса редакції:
Україна, 69600,
м. Запоріжжя, МСП-41,
вул. Жуковського, 66

Телефони
для довідок:
(061) 289-12-26

Факс: (0612) 644546

В і с н и к

Запорізького національного
університету

• Юридичні науки

№1, 2006

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2006

Вісник Запорізького національного університету: Збірник наукових статей. Юридичні науки. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2006. – 224 с.

Затверджено вченою радою ЗНУ (протокол засідання № 7 від 1.03.2006 р.)

РЕДАКЦІЙНА РАДА:

Головний редактор –	Коломоєць Т. О., доктор юридичних наук, професор
Заступник головного редактора –	Хряпінський П. В., кандидат юридичних наук, професор
Відповідальний редактор –	Михайленко О. О., кандидат юридичних наук, доцент

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Берназ В. Д.	– доктор юридичних наук, професор
Бичківський О. П.	– кандидат юридичних наук, професор
Білкун В. В.	– кандидат медичних наук, доцент
Бобровник С. В.	– кандидат юридичних наук, професор
Бостан С. К.	– кандидат історичних наук, доцент
Бояров В. І.	– кандидат юридичних наук, доцент
Голубев В. О.	– кандидат юридичних наук, професор
Гулєвська Г. Ю.	– кандидат юридичних наук, доцент
Журавльова Г. С.	– кандидат юридичних наук, доцент
Кривега Л. Д.	– доктор філософських наук, професор
Кузенко Л. В.	– кандидат юридичних наук, доцент
Куц В. М.	– кандидат юридичних наук, професор
Лукашевич В. Г.	– доктор юридичних наук, професор
Мунтян В. Л.	– доктор юридичних наук, професор
Нагребельний В. П.	– кандидат юридичних наук, доцент
Пастухов В. П.	– кандидат юридичних наук, професор
Петков В. П.	– доктор юридичних наук, професор
Погорілко В. Ф.	– доктор юридичних наук, професор
Приходько А. М.	– доктор філологічних наук, професор
Прозорова Н. С.	– доктор юридичних наук, професор
Сабадаш В. П.	– кандидат юридичних наук, доцент
Самойленко Г. В.	– кандидат юридичних наук, доцент
Середа А. М.	– кандидат історичних наук, доцент
Сидоров Я. О.	– кандидат юридичних наук, доцент
Сушкова Х. В.	– кандидат юридичних наук, доцент
Тимченко С. М.	– доктор історичних наук, професор, кандидат юридичних наук
Шишка Р. Б.	– доктор юридичних наук, професор
Шкарупа В. К.	– доктор юридичних наук, професор
Удовика Л. Г.	– кандидат філософських наук, професор
Ярмиш О. Н.	– доктор юридичних наук, професор

ЗМІСТ

РОЗДІЛ I. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДОВИКА Л.Г.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗРУШЕННЯ В СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ..... 7

СЕРЕДА А.М.

*РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНСЬКІЙ НАРОДНІЙ
РЕСПУБЛІЦІ* 12

БОСТАН С.К.

МОНАРХІЯ І ПОЛПАРХІЯ ЯК ІСТОРИЧНІ ТИПИ ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ 17

МОЙСІЄНКО В.М., ДЖОЛОС С.В.

*МОНАРХІЧНИЙ ПРОЕКТ РОЗБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА
ТА ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ*..... 23

ЛЮХМАТОВА А.И.

*УДАЛЕНИЕ КРЕСТЬЯН ИЗ ОБЩЕСТВА КАК ФУНКЦИЯ ОРГАНОВ
СЕЛЬСКОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ*..... 27

ШМАЛЕНЯ С.В.

*ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ АНАЛОГІЇ ТА ТЛУМАЧЕННЯ
НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ*..... 32

РОЗДІЛ II. КОНСТИТУЦІЙНЕ, АДМІНІСТРАТИВНЕ ТА ФІНАНСОВЕ ПРАВО

КОЛОМОЄЦЬ Т.О.

АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: НОВА ПАРАДИГМА 38

ФЕДОРОВ І.О.

*ФУНКЦІЇ КОДИФІКАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ*..... 40

ЖУРАВЛЬОВА Г.С.

ПОНЯТТЯ І СУТНІСТЬ ПАРЛАМЕНТУ І ПАРЛАМЕНТАРИЗМУ 43

ГОРБАЧ О.В.

*АДМІНІСТРАТИВНІ СТЯГНЕННЯ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО БАТЬКІВ АБО ОСІБ,
ЯКІ ЇХ ЗАМІНЮЮТЬ, ЗА ПРОТИПРАВНІ ДІЯННЯ ЇХ НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ.
ДОЦІЛЬНІСТЬ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ* 47

ПРОЦЕНКО Т.О.

*ФУНКЦІЇ ТА ФОРМИ ДІЯЛЬНОСТІ МИТНИХ ОРГАНІВ ПО ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ МИТНОГО
РЕЖИМУ* 52

ГУЛІВСЬКА Г.Ю.

*ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ
НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТА ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ*.... 55

ЦЮПРИК Н.О.

*КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, СКОСНИХ ОСОБАМИ
РЯДОВОГО ТА НАЧАЛЬНИЦЬКОГО СКЛАДУ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ 60*

ДУРАСОВА Ю.В.

ЕТИЧНІ АСПЕКТИ РОБОТИ СУДДІ ПІД ЧАС СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ..... 64

БУДЬКО З.М.

*РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОДАТКОВИМ
ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ..... 69*

СТЕШЕНКО Т.В., СЕРЕДЮК В.В.

*ПРОБЛЕМИ ФІНАНСУВАННЯ ТА НАПРЯМКИ ЗМІЦНЕННЯ ФІНАНСОВОЇ БАЗИ
ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ..... 73*

ВАЩЕНКО Ю.В.

*СПРОЩЕНА СИСТЕМА ОПОДАТКУВАННЯ СУБ'ЄКТІВ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА
В УМОВАХ ПОДАТКОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ 77*

КЛИМЕНКО О.В.

*ПОДАТОК НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ
НІМЕЧЧИНИ..... 81*

НІКОЛАЄНКО К.В.

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ 89

РОЗДІЛ III. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. СІМЕЙНЕ ПРАВО**МИХАЙЛЕНКО О.О., ВЕНГАРЕНКО Т.А.**

*ЮРИДИЧНІ КОЛІЗІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ
СЕКРЕТНОГО ЗАПОВІТУ 95*

ПУНДА О.О.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОСОБИСТУ БЕЗПЕКУ 100

САМОЙЛЕНКО Г.В.

УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ... 104

ОПЛАЧКО Л.П.

*ДОГОВОРИ ФАКТОРИНГУ І ФОРФЕЙТИНГУ, ТА ЇХ ВІДМІННІСТЬ
ВІД КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ 108*

БОЛОКАН І.В.

*ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПІДПРИЄМЦЯМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНО-ПРАВОВИХ
ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ..... 113*

БИЧКІВСЬКИЙ О.О.

LEX DOMICILE І СПАДКОВІ ВІДНОСИНИ В США..... 120

ПРАСОВ О.О.

ПРАВО НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВА НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я 127

СЕРГЄЄВА С.М.

ОХОРОНА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ПІРАТСТВО – ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОСТІ..... 130

ТРАЧ О.М.

ПРИЙНЯТТЯ НОВИХ ДОКАЗІВ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ..... 134

КУРІБЛО В.А.

*ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАНУ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ
ТА ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСАХ..... 139*

РОЗДІЛ IV. ТРУДОВЕ ПРАВО. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН. ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

БОНДАР О.Г.

ОБ'ЄКТИ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ..... 144

ЛАСТІВКА В.М.

*ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ
ВЛАСНИКА ВІД ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ В УКРАЇНІ..... 148*

КОСТЯШКІН І.О.

*ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЗАГАЛЬНОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ
ГРОМАДЯН НА ЗЕМЛЯХ ЛІСОВОГО ФОНДУ..... 154*

РОЗДІЛ V. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

ІВАНЕНКО І.В.

*ДО ПИТАННЯ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ОЗНАК БАНДИ ЯК СПЕЦИФІЧНОГО
ОРГАНІЗОВАНОГО ЗЛОЧИННОГО ОБ'ЄДНАННЯ..... 159*

БИЧКІВСЬКИЙ О.П.

ЮРИДИЧНІ ПІДСТАВИ ВИДАЧІ ЗЛОЧИНЦІВ У США..... 162

ОНИЩЕНКО В.В., РЯБЧИЙ Г.І.

*ВИЗНАЧЕННЯ КОНТРАБАНДИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ
І ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД..... 172*

ГАЦЕЛЮК В.О., АРАЛОВ П.Ю.

ФОРМИ ГРУПОВИХ ЗЛОЧИНІВ..... 177

БАБАНІН С.В.

*ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИННІ ПОРУШЕННЯ
ЧИННИХ НА ТРАНСПОРТІ ПРАВИЛ..... 185*

ЛАКТИОНОВА Т.В.

ВІКТИМОЛОГІЧНА ПРОФІЛАКТИКА АГРЕСИВНИХ ЗЛОЧИНІВ..... 189

РОЗДІЛ VI. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

САБАДАШ В.П.

*ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЯВЛЕННЯ ОЗНАК СКОЄННЯ ЗЛОЧИНІВ У ФІНАНСОВИХ
ТА БАНКІВСЬКИХ УСТАНОВАХ НА ПОЧАТКОВОМУ І НАСТУПНОМУ ЕТАПАХ
РОЗСЛІДУВАННЯ..... 194*

БІЛКУН В.В.

*СУДОВО-МЕДИЧНЕ, ЕНТОМОЛОГІЧНЕ, БОТАНІЧНЕ ТА ГІДРОБІОЛОГІЧНЕ
ВИВЧЕННЯ МІСЦЯ ПОДІЇ ДЛЯ ПОТРЕБ СЛІДСТВА.....200*

ПРОКОПЕНКО О.В.

*НЕЙТРОННО-АКТИВАЦІЙНИЙ АНАЛІЗ: ФІЗИЧНІ ОСНОВИ ТА МОЖЛИВОСТІ
ЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ДОСЛІДЖЕННІ ОКРЕМИХ ВИДІВ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ202*

БОЯРОВ В.І.

*ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРОВЕДЕННЯ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ
ТАКТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ “ЗАХИСТ СВДКА”.....207*

ХОДИРЄВА Т.В.

*ВТІЛЕННЯ ІДЕЙ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ
СУДОЧИНСТВІ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ).....211*

РОЗДІЛ VII. НАУКОВЕ ЖИТТЯ

ЗАХИСТ ДИСЕРТАЦІЙ.....216

СЕМІНАРИ, КОНФЕРЕНЦІЇ, ОБГОВОРЕННЯ.....217

ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА ПРО АВТОРІВ220

ВИМОГИ ДО ОФОРМЛЕННЯ СТАТЕЙ

У “ВІСНИК ЗАПОРІЗЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ”

(СЕРІЯ „ЮРИДИЧНІ НАУКИ”)223

РОЗДІЛ I. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.11

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗРУШЕННЯ В СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

Удовика Л.Г., к. філос. н., доцент

Запорізький національний університет

Стаття присвячена аналізу методологічних зрушень у сучасній юридичній науці, які відбуваються під впливом глобалізації, антропологізації, деформалізації, науково-технічного, інформаційного прогресу та ін. Кожна із зазначених тенденцій має як позитивні, так і негативні наслідки для соціально-правового буття, але спільним для них є неоднозначність, суперечливість, багатоаспектність, різнорівневність. Так, глобалізація призводить до розширення і модифікації об'єкта й предмета правознавства; антропологізація обумовила той факт, що в центр права і правової системи поставлено Людину, закономірності її державно-правового забезпечення; деформалізація об'єкта і предмета правознавства призводить до появи нових форм буття людини, які потребують правового регулювання, відповідно з'являються нові інститути й підгалузі права.

Ключові слова: методологія, правознавство, право, глобалізація, антропологізація, деформалізація, фундаменталізація, дефрагментація, філософія права, юридична антропологія.

Удовика Л.Г. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ СДВИГИ В СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ / Запорожский национальный университет, Украина

Статья посвящена анализу методологических новаций в современной юридической науке, которые происходят под воздействием глобализации, антропологизации, деформализации, научно-технического, информационного прогресса. Каждая из отмеченных тенденций имеет как позитивные, так и негативные последствия для социально-правового бытия, но общим для них является неоднозначность, противоречивость, многоаспектность, разноуровневность. Так, глобализация приводит к расширению и модификации объекта и предмета правоведения; антропологизация обусловила тот факт, что в центр права и правовой системы поставлен Человек, закономерности его государственно-правового обеспечения; деформализация объекта и предмета заключается в том, что понятие права отчасти размывается, теряет четкость, изменяется содержание объективного юридического права, расширяется сфера «общеразрешенного» в правовой регуляции, более распространенным становится диспозитивный метод, в законодательстве растет удельный вес норм, относительно определенных по их содержанию, – оценочных, альтернативных; стремительное развитие техники, научно-технических и информационных технологий приводит к появлению новых форм бытия человека, которые нуждаются в правовой регуляции, соответственно появляются новые институты и подотрасли права.

Ключевые слова: методология, правоведение, право, глобализация, антропологизация, деформализация, фундаментализация, дефрагментация, философия права, юридическая антропологизация.

Udovika L.G. THE METHODOLOGICAL INNOVATIONS IN MODERN JURISPRUDENCE / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the analysis of the methodological innovations in modern jurisprudence which occur under the influence of globalization, antropologization, deformatization, scientific and technical, information progress. Each of the marked tendencies has both positive and negative consequences for social-legal life, but what common for them is the ambiguity, the discrepancy, the multiaspect and multilevel approach. Thus globalization results in expansion and updating of the object and the subject of jurisprudence. The antropologization has caused the fact, that the Person and its legal support are put in the center of the legal system. The deformatization of the object and the subject means that the concept of the law is "washed away", it loses clearness, the essence of the objective law changes, the sphere of "allowed measures" in the legal regulation extends, the dispositive method becomes more widespread, it appears many norms at legislation, which may be characterized as "conditionally determined" due to their contents, such as estimation, alternative norms. Prompt development of techniques, scientific, technical and information technologies results in occurrence of new forms of existence of the person which require legal regulation, so new legal institutions and subbranches appear.

Key words: the methodology, jurisprudence, the right, globalization, antropologization, deformalization, fundamentalization, a defragmentation, philosophy of law, legal anthropology.

Юридична наука на початку нового тисячоліття зіткнулася із кризою, яка нагадує кризу у фізиці початку ХХ століття. Остання полягала в тому, що відбулося зіткнення між “новим досвідом” й традиційними межами загальноприйнятого світорозуміння, між теорією і практикою.

Визначальною тенденцією сучасного світу, яка формує нову реальність, стала глобалізація. Фахівець з проблем глобалізації В. Міхеев визначає глобалізацію як “розвиток економічної та політичної взаємозалежності країн і регіонів світу до такого рівня, коли можливим та необхідним стає створення єдиного світового правового поля та світових органів економічного та політичного управління” [1, 49]. Таке визначення, загалом, відображає тенденцію розвитку цього складного, суперечливого, багатоаспектного процесу, але не виявляє його сутність.

У найбільш загальному вигляді глобалізація постає як гомогенізація світу, життя за єдиними принципами, відданість єдиним цінностям, дотримання єдиних звичаїв та норм поведінки, прагнення зробити все універсальним. Глобалізація – це також взаємозалежність суб’єктів глобалізації, наслідком чого стає підлив, розпад національних держав під тиском нових факторів загальнопланетарної сцени – глобальних фірм, релігійних угруповань, транснаціональних управлінських структур (мереж), які взаємодіють на рівних умовах не тільки між собою, але й з самими державами – традиційними діючими акторами міжнародних відносин.

Таким чином, глобалізація призводить до певної гомогенізації людства в цілому, до знищення засадничої його диверсифікації на різних рівнях. У свою чергу, такий процес може збіднити людство, зашкодити йому, зробити менш захищеним, адже цивілізаційне, духовне, культурне розмаїття людства є безсумнівною цінністю та певною гарантією безпеки, яку людство виробило впродовж тисячоліть свого існування.

Глобалізація призводить до фрагментації держав-націй. Такі суб’єкти транснаціональної економічної діяльності, як Міжнародний валютний фонд, Світовий банк, Всесвітня торгова організація поряд із багатонаціональними корпораціями (яких нараховується більш як 40 тис.), формуються поза державами і поза їх правовими системами. Спираючись на економічну силу та мобільність, транснаціональні корпорації можуть ставити вимоги до урядів, впливати на політичні рішення та на становище з правами людини в багатьох регіонах. Поява світового ринку спричинила зменшення контролю урядів над економікою, а залежність національного бюджету багатьох країн від впливу МВФ та закордонних інвесторів нерідко призводить до того, що людський фактор, права та справедливість переміщуються на останнє місце в списку урядових пріоритетів. Міжнародні торгові конвенції і міжнародний правовий звичай регулюють основні потоки економічних обмінів. Саме на них орієнтуються підприємці, залучені в ці потоки. На світовому економічному ринку все менше місця лишається національному праву.

Крім пасток і загроз, глобалізація має і певні переваги. Правове буття сучасної людини розширює віками сформовані межі національно-державних правових систем і також набуває глобального виміру. Так, вичерпавши національні засоби захисту своїх прав, громадянин має можливість апелювати до міжнародних, тобто наддержавних органів, виступаючи нерідко з позовом проти своєї держави. Міжнародно-правові гарантії прав людини, які отримали своє юридичне оформлення з прийняттям Загальної декларації прав людини (1948), Європейської конвенції з прав людини (1950), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966), Заключного акта Ради з безпеки і співробітництва в Європі (1975), різних конвенцій та інших актів, передбачають створення наддержавних органів захисту прав людини, таких як Комісія ООН із прав людини, Міжнародна організація праці, Європейський Суд із прав людини та ін.

Таким чином, однією з визначальних тенденцій сучасного світу є глобалізація – складний і суперечливий процес, який має певні переваги, з одного боку, та приховує пастки і загрози, з іншого. Істотною небезпекою глобалізації є уніфікація, яка не лише полегшує комунікацію чи керування глобальною уніфікованою системою, але й позбавляє людство автономності його складових та різноманітності, робить усю систему дуже вразливою до різного роду загроз. Прикладом можуть слугувати світовий ринок наркобізнесу, продажу зброї, розповсюдження комп’ютерних вірусів та ін.

Економічна, політична, правова глобалізація призвели до того, що об’єктом правознавства, окрім національних правових систем стають їхні «сім’ї», типи, міжнародно-правові системи, які потребують нових методів, прийомів і способів дослідження. Таким чином, одним із основних методологічних зрушень у сучасній юридичній науці стало розширення об’єкта і предмета юридичної науки, включення до її проблемного поля принципово нових правових реалій і феноменів під впливом глобалізаційних процесів.

Крім того, глобалізація породжує низку гострих антропологічних проблем, встановлює іншу ієрархію моральних і правових норм, ніж та, у якій протікало правове буття попередніх поколінь, руйнує типи

правосвідомості, що склалися протягом тривалого часу. Матриця правових координат сучасної людини принципово змінюється протягом життя всього одного-двох поколінь. Переважна більшість світових процесів і подій набула останнього часу етнічного і антропологічного забарвлення, відповідно правова наука має дати відповіді на виклики правової глобалізації, адекватної масштабам проблем які виникли.

С. Марінцова розглядає глобальні тенденції як виклик гуманітарному виміру буття, при цьому вона зазначає, що першою проблемою нівелювання гуманістичних цінностей можна назвати тяжіння до позитивної, нормативної Єдності, тотальності блага – абстрактних принципів, ідей розуму, які завжди ставали лише привідними пасами воєн, примусу, політизації, авторитаризму і врешті тоталітаризму [2, 180].

Стрімкий розвиток техніки й інформаційних технологій також приховує в собі пастки і загрози, формує під себе і людину як свого споживача. Вона поступово перетворюється в додаток до техніки, який користується послугами. Існує реальна небезпека, що поступово чи не єдиною функцією людини стане виправдання існування техніки, яка з часом зможе не тільки задовольнити все нові та нові потреби людини, але й самовідтворюватися “в” людині, а не для людини. Це і є та репресія техніки, яка одного дня може стати небезпекою, бо для певної високорозвинутої техніки і сама людина може виявитися непотрібною. З’явився й інший виклик людству, який може виявитися найнебезпечнішим з усіх. Ми вступили в епоху, коли наука перестає бути лише інструментом контролю людини над зовнішньою реальністю і стає знаряддям підкорення внутрішньої “реальності” людини. Іншими словами, наука вже не задовольняється досягненням контролю над середовищем, у якому живе людина, але й отримує шанси значною мірою маніпулювати самою людиною.

Останнім часом найдраматичніші наукові відкриття дедалі частіше стосуються сфери, яку можна назвати “внутрішньою реальністю”, а саме сфери того, чим людська істота є і чим потенційно може стати. Ці відкриття супроводжуються величезними надіями. Збільшення тривалості життя людини є фактом. Усе частіше різні хвороби виявляються переможеними. Цілковито виправдана також рефлексія над далекосяжними наслідками таких нових досягнень науки, як клонування людини, підняття рівня людського інтелекту і створення штучного інтелекту. Глобалізація кидає виклик людству на персональному рівні, де істотним бар’єром завжди була біологічна суверенність кожної людини, її унікальність. Право на біологічну неповторність та недоторканість лягло в основу західного суспільства. Однак і цей бар’єр невдовзі може бути подоланим. Генна інженерія намагається втрутитися в генну структуру людини, і в недалекому майбутньому зможе це робити як із доброї волі, так і всупереч їй, а тому постають ще тривожніші питання. Хто і на яких підставах буде приймати рішення щодо правил користування цими новими можливостями, наскільки далеко може сягати наука на шляху перетворення людини, зміни її зовнішнього вигляду, підвищення інтелектуального рівня, хто вирішуватиме, чи можна створювати “напівштучні” людські істоти шляхом клонування? Невирішеними залишаються фундаментальні проблеми визначення початку та кінця людського життя. Окреслюються моральні, соціальні, економічні проблеми навколо евтаназії, інтернаціоналізації усиновлення; проблеми альтернативного народження людини; сурогатного материнства; донорства та трансплантації органів і т. ін. Матриця морально-правових координат сучасної людини принципово змінюється протягом життя всього одного-двох поколінь.

Принциповим є те, що наука має бути знаряддям, а не господарем людства. Якщо вона залишиться знаряддям, то повинна керуватися суспільними цінностями, які дозволять окреслити і напрям її розвитку, і межі експериментів із людською природою. То ж стає очевидним, що єдиним порятунком від такої залежності від техніки є збереження людської самості як автономності, встановлення правових меж впливу техніки на людину.

Сучасне буття людини визначається кризовими і катастрофічними явищами, потрясіннями і катаклізмами, причини яких криються як у природних (екологічні), так і в соціальних факторах (етнічні, релігійні, конфесійні). На жаль, за декілька останніх років визначальним стало ще одне з найдраматичніших явищ сучасного світу – тероризм. Цей феномен не можна віднести ні до природних, ні до соціальних, він – антропогенний. Із впевненістю можна стверджувати, що сучасна глобальна криза має, насамперед, антропологічну природу, відповідно її джерела треба шукати на антропологічному рівні, у процесах, що відбуваються з людиною.

Нові соціально-правові феномени буття не можуть бути ґрунтовно освоєні засобами концептуально-понятійного апарату традиційної правової “парадигми”. Науковці, усвідомивши обмеженість, а в деяких випадках і неможливість розуміння і, відповідно, правового регулювання багатьох сучасних проблем людини методами і засобами галузевих правових наук, традиційним понятійним апаратом юриспруденції, спрямували погляд у напрямі людини та комплексу наук, предметом дослідження яких є людина, певні її властивості та якості.

Наслідком цього стали певні зміни як на теоретичному, так і на практичному рівні. На значущість антропологічного підходу в праві звертають увагу відомі вітчизняні теоретики права – В.Бабкін, А.Засць,

О.Зайчук, М.Козюбра, В.Копейчиков, М.Костицький, Р.Калюжний, А.Колодій, В.Погорілко, П.Рабінович, Ю.Римаренко, В.Селіванов, О.Скакун, В.Шаповал, Ю.Шемшученко та ін. Окремі аспекти антропології права розглядаються у працях вітчизняних філософів права – М.Костицького, А.Козловського, К.Жоля, Л.Петрової, О.Данільяна, О.Бандури, С.Максимова, В.Шкоди та ін.

Прикладом може слугувати і той факт, що в юридичній літературі з'явилися окремі розділи, в яких розглядається право як спосіб людського буття [3, 191-252], взаємозв'язок і взаємодія суспільства, особи, держави і права [4, 58-66], взаємозв'язок права й особистості [5, 143-149]. Завдяки цьому стало можливим подолання протиріччя, яке спостерігалось у правознавстві, а саме – у теорії права, як науці та навчальній дисципліні тривалий час людина як правова істота не розглядалася, хоча вона завжди виступала і продовжує виступати єдиним знаменником усіх правових явищ. Вперше людина стала предметом дослідження в конституційному праві, а потім у цивільному, кримінальному, кримінології та ін., тобто фактично теорія права не виконувала в достатньому обсязі своєї методологічної функції по відношенню до галузевих правових наук. Крім того, конституційне право обмежувалося проблемами правового статусу особи і громадянина – традиційних для цієї науки, що власне не вичерпує всього розмаїття проблем взаємозв'язку людини і права.

Формування концептуального бачення людини як правової істоти, є необхідним для теоретичної конструкції правової парадигми, що є основою правових настанов і юридичної практики. У свою чергу, актуалізація проблем людини в праві потребує звернення до аналізу сутнісних сил людини: як традиційних, усталених, так і нових, які фактично уможливають існування права, визначають спрямованість та тенденції його подальшого розвитку. Здійснити такий аналіз потрібно, насамперед, у межах філософії права, яка своєю складовою має правову антропологію, оскільки остання як міждисциплінарна наука володіє значним евристичним потенціалом та рефлексією, вкрай необхідними для вирішення цього завдання.

Фундаменталізація правознавства, зміна в об'єкті та предметі дослідження потребують звернення до зарубіжного досвіду (теоретичного і практичного) західних шкіл, течій, напрямів, призводить до переходу від моністичних до плюралістичних світоглядних уявлень, нових парадигм і підходів, які раніше лишалися поза увагою дослідників або нещадно критикувалися.

Таким чином, окрім глобалізації, модифікація об'єкта і предмета відбувається під впливом антропологізації, яка полягає в тому, що саме людина, з її природними здатностями і властивостями, закономірностями її державно-правового забезпечення стає основним предметом правознавства. До того ж, на початку третього тисячоліття під впливом стрімкого розвитку техніки й наукових технологій принципово змінюються форми буття людини, які обумовлюють появу нових інститутів і підгалузей права. Суттєві зміни відбуваються в самій людині, її свідомості й світогляді. У своїй сукупності ці зрушення обумовили антропологічний поворот у вітчизняному праві, який розпочався з прийняттям нової Конституції України, у якій наголошено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст.3) та визнано пріоритет загальнолюдських цінностей над класовими. Зважаючи на юридичні властивості Конституції, як Основного Закону, у правовій системі України розпочався процес гуманізації всіх її елементів. Для нас важливим є той факт, що в центр усього правопорядку поставлено Людину, потім інститути громадянського суспільства і тільки потім держави. Із прийняттям нової Конституції значно розширилися конституційні права та свободи людини і громадянина, була закладена основа правової охорони приватного життя та встановлені основні напрями відповідного законодавчого регулювання.

Окрім глобалізації, яка розширює об'єкт і предмет правознавства, антропологізації, яка ставить у центр правових досліджень Людину, стрімкого розвитку техніки й технологій, що призводить до появи нових інститутів і підгалузей права, розбудові відкритого суспільства й налагодженню наукових зв'язків, розширенню потоку інформації, що призводить до переходу від моністичних до плюралістичних світоглядних уявлень, методологічні зрушення обумовлені процесами фрагментації й деформалізації права.

Фрагментація права в найбільш загальному вигляді полягає у двох основних аспектах. Насамперед, це кількісне збільшення нормативного масиву, що супроводжується його спеціалізацією: з'являються нові галузі права, які претендують на свій предмет. Але спеціалізація права, яка сама по собі відображає об'єктивні процеси юридизації буття людини, приводить до його фрагментації, неузгодженості, суперечливості. Другий аспект полягає в руйнуванні цілісного сприйняття права людиною. Формування правосвідомості відбувається в результаті тиску інколи довільних тлумачень і коментарів права. Безперечно, комп'ютеризація правової інформації дозволяє дещо впорядкувати правовий потік, але вона мало сприяє формуванню правового мислення.

Ускладнена система сучасного позитивного права провокує пошук більш чітких і простих процедур рішення суспільних конфліктів, звернення до таких джерел і механізмів правового порядку, коли б право

було зведено до найбільш необхідних засобів, було б націлене на відносини партнерства, узгодженості інтересів, розширює сферу дії диспозитивного методу правового регулювання.

Деформалізація об'єкта і предмета, яка стала предметом аналізу П.М. Рабіновича полягає у тому, що «якісні рамки того явища, котре відображається поняттям права, дещо розмиваються, втрачають чіткість. Воно плавно дифузійоється, начебто зливається з деякими суміжними, «родинними» соціальними феноменами: найбільше із мораллю та правовою свідомістю, дослідження яких, зазвичай, вимагає власних специфічних методів».

Цей правоперетворювальний процес теж не є випадковим, він закономірно зумовлений реальними потребами перехідного стану, у якому перебуває нині Україна, зокрема необхідністю забезпечити підвищену динамічність, рухливість і гнучкість державно-правових інституцій, їх здатність швидко реагувати на соціальні зміни, пристосовуватись до них [6, 30].

Розглядаючи прояви деформалізації, П.М. Рабінович акцентує увагу на тому, що вона стосується, насамперед, змісту об'єктивного юридичного права, розширення сфери «загальнодозволеного» регулювання і застосування методу диспозитивності, зростання в законодавстві питомої ваги норм, відносно визначених за їх змістом, – оціночних, альтернативних тощо; зовнішніх форм «джерел» права, які стають за сучасних умов більш різноманітними, плюралістичними [6, 30].

Вищезазначені зміни, що мають загалом гуманістичну, людиноцентристську спрямованість, потребують ретельного врахування індивідуальних інтересів окремих осіб – суб'єктів правовідносин, відповідно актуалізації та зростання значущості здобутків гуманітарних наук, антропологічного знання, насамперед.

Під впливом низки об'єктивних і суб'єктивних чинників відбувається актуалізація антропологічного знання у правознавстві, зростання інтересу до юридичної антропології, яка протягом трьох століть досліджувала традиційні суспільства, накопила значний масив знань про право, правові звичаї цих суспільств, який може стати в нагоді сучасним науковцям. До того ж, у ХХ ст. до її предмета стали включати й антропологічні проблеми сучасного позитивного права, у її межах сформувався методологічний інструментарій пізнання, використання якого значно розширить арсенал традиційних прийомів і засобів.

Суттєвим є те, що для юридичної антропології важливим є виявлення не взагалі закономірностей права, а закономірностей співвідношення і взаємозв'язку людини і права, а на їх основі – прогнозування основних тенденцій розвитку права як однієї із форм буття людини. Доцільність і своєчасність звернення до зазначеної проблеми обумовлена і тим, що останнім часом антропологічні проблеми права почали інтенсивно досліджувати вітчизняні й російські науковці.

Прикладом утвердження й поширення юридичної антропології в Україні може слугувати і круглий стіл, організований у Львові спільно з Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України й Львівською лабораторією прав людини та громадянина НДІ державного будівництва і місцевого самоврядування Академії правових наук України «Антропология права: философский та юридический виміри (стан, проблеми, перспективи)» (вересень 2005 р.) та вихід неординарного, нового за своєю спрямованістю й змістом навчального посібника «Філософія права: проблеми й підходи» за загальною редакцією П.М. Рабіновича (Львів, 2005). Особливістю посібника є виклад усього матеріалу крізь призму антропологічної парадигми, що дозволяє по-новому осмислити методологічні підходи в праві та форми буття права.

При характеристиці функцій антропологічного знання в правознавстві слушними уявляються такі зауваження О.А. Пучкова [7, 25]:

1. Антропологічне знання в правознавстві детерміноване потребами соціальної практики, а також тими змінами, які відбулися останнім часом у правосвідомості, законодавстві та юридичній практиці. Сутність цих змін полягає у визнанні свободи особистості, прав людини і її відповідальності, значення юридичних процедур, у презумпції добросовісності, унікальності й неповторності духовного, матеріального й культурного життя людини.
2. Антропологічне знання в правовій науці залежить від змін у суспільстві, але ця залежність стосується лише сенсу юридико-антропологічного знання, а не питань істинності й хибності її складових.
3. Антропологічне знання в правознавстві може функціонувати з різним ступенем інтенсивності. Сильне функціонування призводить до формування якої-небудь теорії, концепції в структурі юридико-антропологічного знання; слабе функціонування формує лише окремі елементи, фрагменти знання.

Таким чином, визначальними тенденціями сучасного буття, які суттєво впливають на методологічні зрушення в сучасній юридичній науці є глобалізація, антропологізація, деформалізація, науково-технічний, інформаційний прогрес та ін. Кожна із зазначених тенденцій має як позитивні, так і негативні

наслідки для соціально-правового буття, але спільним для них є неоднозначність, суперечливість, багатоаспектність, різнорівневість. Для юридичної науки особливу значущість мають методологічні зрушення спричинені ними. Так, глобалізація призводить до розширення і модифікації об'єкта й предмета правознавства; антропологізація обумовила той факт, що в центр права і правової системи поставлено Людину, з її природними здатностями і властивостями, закономірностями її державно-правового забезпечення; деформалізація об'єкта і предмета полягає у тому, що поняття права дещо розмивається, втрачає чіткість, зливається з деякими суміжними соціальними феноменами, найбільше із мораллю; змінюється зміст об'єктивного юридичного права, розширюється сфера «загальнодозволеного» регулювання, більш поширеним стає диспозитивний метод, у законодавстві зростає питома вага норм, відносно визначених за їх змістом, – оціночних, альтернативних тощо; зовнішніх форм «джерел» права; стрімкий розвиток техніки, науково-технічних та інформаційних технологій призводить до появи нових форм буття людини, які потребують правового регулювання, відповідно з'являються нові інститути й підгалузі права. Вищезазначене у свою чергу руйнує цілісне сприйняття права, спричиняє дефрагментацію правосвідомості.

Вищезазначені зміни, що мають загалом гуманістичну, людиноцентристську спрямованість потребують ґрунтовних досліджень, а на їх основі оптимізації механізму правового регулювання і правового впливу. Сьогодні вкрай необхідно забезпечити підвищену динамічність, рухливість і гнучкість державно-правових інституцій, їх здатність швидко реагувати на соціальні зміни, пристосовуватись до них, ретельно враховувати індивідуальні інтереси окремих осіб – суб'єктів правовідносин. Відповідно актуалізується та зростає значущість здобутків гуманітарних наук, антропологічного знання, насамперед. Одним із перспективних напрямів є розвиток юридичної антропології (антропології права), що має суттєві доробки, які можуть стати в нагоді при дослідженні сучасних антропологічних проблем позитивного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Михеев В. Логика глобализации и интересы России // Pro et Contra. – Москва. – 1999. – №4. – С. 49. – www.pubs.Carnegi. ru.
2. Маринцова С. Глобальні тенденції як виклик гуманітарному виміру буття // «І» Незалежний культурологічний часопис. Глобалізація. Європейський Союз та Україна. – С. 180.
3. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского омысления. – Х.: Право, 2002. – 328 с.
4. Теорія держави і права / А.Ю. Олійник, С.Д. Гусарев, О.Л. Слюсаренко. – К., 2001. – 176 с.
5. Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, Е. Малько. – М., 1997. – 512 с.
6. Філософія права: проблеми та підходи: Навчальний посібник для студентів спеціальності «Правознавство» / За заг. ред. П.М. Рабиновича. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім. І.Франка, 2005. – С. 30.
7. Пучков О.А. Антропологическое постижение права. – Екатеринбург: Изд-во Ур ГЮА, 1999. – С. 25.

УДК 342 (477) “917/1918”

РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНСЬКІЙ НАРОДНІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Серета А.М., к.і.н., доцент

Запорізький національний університет

Стаття присвячена дослідженню процесу конституційного будівництва в Українській Народній Республіці. Розкрито особливості конституційного законодавства в УНР за часів Центральної Ради. Визначено, що конституційне будівництво в Українській Народній Республіці було закономірним підсумком державотворення, відтворило в собі ті тенденції й особливості, які мали місце в процесі державотворення.

Ключові слова: Українська Народна Республіка, конституційні акти, Конституція, конституційний розвиток.

Серета А.Н. РАЗВИТИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В УКРАИНСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКЕ / Запорожский национальный университет, Украина

Статья посвящена исследованию процесса конституционного развития в Украинской Народной Республике. Раскрыты особенности конституционного законодательства в УНР в период Центральной Рады. Отмечено, что практически во всех конституционных актах этого периода свое отражение нашли стремления руководства страны к построению независимого государства с гарантией защиты основных прав и свобод каждого гражданина.

Ключевые слова: Украинская Народная Республика, конституционные акты, Конституция, конституционное развитие.

Sereda A.N. THE DEVELOPMENT OF THE CONSTITUTIONAL LEGISLATION IN THE UKRAINIAN PEOPLE'S REPUBLIC / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the research of the constitutional development process in the Ukrainian People's Republic. Some features of the constitutional legislation in UPR during the ruling of the Central Council ("Tsentralna Rada") are regarded. It is marked, that practically all constitutional acts of this period contain the aspirations of the country's leaders to the foundation of the independent state with a guarantee of protection of fundamental laws and freedoms of each citizen.

Key words: Ukrainian People's Republic, constitutional acts, Constitution, constitutional development.

Побудова демократичної правової держави в Україні вимагає високого рівня конституційно-правового регулювання найважливіших суспільних відносин. Прийняттям Конституції України 28 червня 1996 р. конституційне будівництво в нашій державі не завершилось. Із часом виникають нові проблеми в площині конституційної теорії і практики. Сприяє деталізації та удосконаленню конституційно-правових норм „багатовікова історія українського державотворення” [1]. Історія конституційної правотворчості українського народу становить майже триста років. Значний доробок в історію конституційного права України було внесено в період державотворення в Українській Народній Республіці. Конституційне будівництво того часу являє собою важливу сторінку української історії держави і права. Здобутки і, у той же час, вади та помилки, допущені під час конституційного процесу в УНР, мають бути враховані на сучасному етапі.

Слід зазначити, що значне місце в дослідженні конституційного процесу в Україні періоду визвольних змагань зайняли наукові праці М. Грушевського, В. Винниченка, Д. Дорошенка, П. Христюка та ін. Практично всі вони брали безпосередньо участь у розробці конституційних актів України в період 1917 – 1920 рр.

Значне місце в дослідженні зазначеної теми належить вітчизняним правникам, таким, наприклад, як: О. Мироненко, В. Румянцев, О. Копиленко і М. Копиленко, Ю. Павленко та Ю. Храмов. Свій внесок у вивчення даної проблеми зробили А. Слюсаренко, М. Томенко.

Поряд із цим необхідно детальне дослідження діяльності Української Народної Республіки, спрямованої на конституційно-правове забезпечення процесів формування національно-демократичної державності. Звертаючи увагу на те, що сьогодні в Україні, як і в добу Центральної Ради, питома вага в нормативно-правовому масиві законодавчих актів знижується, а підзаконних нормативно-правових актів – зростає. Така динаміка розвитку законодавчої бази України має викликати занепокоєння. Ця тенденція також обумовлює необхідність урахування історичного досвіду розвитку конституційного законодавства.

Складовою частиною цього дослідження є аналіз та уточнення основних положень Конституції УНР – «Статуту про державний устрій, права і вольности УНР» (1918 р.), які ще не враховані для сучасної практики державотворення, як і значна кількість конституційно-правового матеріалу періоду становлення української державності.

1917 – 1918 рр. – один із найбільш складних періодів у розвитку української державності. Це час як утворення Української Центральної Ради, прийняття чотирьох Універсалів, ствердження суверенітету й незалежності УНР, так і хаосу, протистояння та боротьби різних суспільних верств і політичних партій.

Історія створення «Статуту про державний устрій, права і вольности УНР» пов'язана з подіями, які відбувались у той час на Україні, і має свою періодизацію. Із часом жовтневого перевороту в Петрограді, ліквідації тимчасового уряду Росії, перед Центральною Радою постало питання щодо визначення її подальшого політичного курсу, яке було вирішено шляхом ухвалення III Універсалу з проголошенням: «вднині Україна стає Українською Народною Республікою. Не відділяючись від Російської Республіки» [2]. Закономірно виникла потреба прискорити вироблення власної Конституції. У листопаді 1917 р. з ініціативи Центральної Ради розпочала роботу комісія, на чолі з М.С. Грушевським, з підготовки цього документа. Передбачалось, що у відповідності до Конституції Україна буде автономією у складі демократичної Російської федерації. Тому, доцільно, листопад 1917 р. вважати початком першого етапу в підготовці Основного закону.

Протягом листопаду проект Конституції УНР друкувався в газетах «Народна воля», «Приднепровский край» та інших із метою ознайомлення та обговорення його широким колом громадськості. За

результатами дискусій планувалось доопрацювати основні положення Статуту та затвердити його на Українських Установчих Зборах.

Від імені комісії Центральної Ради з вироблення проекту автономного статусу України М. Грушевський сформулював основи майбутнього Основного закону. Перша, загальнодемократична, встановлювала державний характер України, її територію та права громадян, друга – визначала відносини з федеративною Російською Республікою: «Українці в політичній справі хочуть утворити широку національну територіальну автономію в складі федеративної Російської Республіки. Українські землі мали б утворити одну область, де вони вирішували б всякі свої справи – економічні, культурні, політичні, мали б своє законодавство, адміністрацію та суд». Третя та четверта частини визначали компетенції вищої законодавчої та виконавчої влади: «Сойм буде порядкувати справами всієї України, окрім загальнодержавних і вибиратиме Раду краєвих міністрів для порядкування справ області і заступства інтересів краю в Раді міністрів республіки. П'ята встановлювала організацію судової влади – Генеральний Суд [3].

12 листопада розпочала свою роботу сьома сесія Центральної Ради, на якій з доповіддю, щодо проекту Конституції, виступив його автор – М. Грушевський. Загалом, доопрацювання окремих положень Основного Закону було закінчено в грудні 1917 р.

Із прийняттям Центральною Радою 22 січня 1918 р. IV Універсалу розпочався другий етап у підготовці Конституції, бо „віднині УНР стає самостійною, незалежною, вільною, суверенною Державою” [4]. Парламентська комісія розпочала підготовку нового проекту з урахуванням реалій самостійного статусу України, який було закінчено в квітні 1918 р. Серед авторів цього проекту виступили М. Грушевський, А. Степаненко.

29 квітня 1918 р., після доповіді А. Степаненка щодо проекту та обговорення його по пунктах, засіданням Малої Ради Конституція була ухвалена. У цьому документі зберігся загальний зміст п'яти розділів, запропонованих Грушевським, до яких було додано розділи «Національні Союзи», «Про часове припинення громадських свобод» і виключено розділ про входження до складу Російської Федеративної республіки. Є всі підстави одним з авторів остаточного варіанта, вважати А. Степаненка, оскільки загальновідома практика прийняття правових актів держави свідчить про обов'язковість представлення документа автором на парламентському обговоренні.

Таким чином, 29 квітня 1918 р. було ухвалено проект Конституції, але не вистачило часу на промульгацію та оголошення Основного Закону, тому він і не набрав правової чинності.

Ухвалений «Статут про державний устрій, права і вольности УНР» був компактним за обсягом документом, який складався з 83 статей, об'єднаних у 8 розділів [5]. Сучасна Конституція України, яка складається з 15 розділів і 161 статті, відрізняється від Статуту та попередніх Конституцій, враховуючи й Конституції Радянської України (1919; 1929; 1937; 1978 рр.) і за структурою й тим, що в ній містяться такі важливі міжнародні документи, як Загальна декларація прав людини, Декларація про право на розвиток, Європейська конвенція про права людини, Конвенція про права дитини та інші [6].

Перейдемо до аналізу основних положень Конституції УНР (1918 р.), а саме до її першого розділу «Загальні постанови». «Відновивши своє державне право як УНР Україна проголосила себе і нині є державою суверенною, самостійною і ні від кого незалежною» (ст.1). Наступна стаття цього документа встановлює, що: «Суверенне право в Українській Народній Республіці належить народові України, цеб-то громадянам УНР всім разом”. І саме ця ідея була закріплена в ст.5 Конституції України (1996 р.): «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ». Звісно, ці статті будуть мати значення, якщо, дійсно, народ виступить першоджерелом влади в Україні [7].

Четверта стаття Конституції УНР робила наголос: «територія УНР неподільна і без згоди Всенародних зборів не може відбуватися ніяка зміна в границях Республік», що простежується і в Конституції України: «територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою» (ст.2).

Взагалі, «Статут про державний устрій, права і вольности УНР» вражає, як на ті часи, орієнтацією на широкий демократизм та права людини. У другому розділі «Права громадян України» в усіх 15 статтях визначалися за громадянами всі конституційні свободи, притаманні передовим демократичним державам. «Громадяни в УНР рівні в своїх громадських і політичних правах. Уродження, віра, національність, освіта, майно, податкування не дають ніяких привілеїв в них» (ст.12). Крім того, за громадянами УНР закріплювалися права на «участь в орудуванні державним і місцевим життям», не обмежувалися «в правах друку, сумління, організації страйків»; не існувало ніякої різниці в правах і обов'язках між чоловіком і жінкою (ст.ст.17, 18). Проголошуючи основні права та свободи, Основний закон УНР підкріплював їх правовими гарантіями «громадянин УНР не може бути затриманий без судового наказу інакше, як на горячій вчинку. Але і в такому разі він має бути випущений не пізніше, як за 24 години, поки суд не встановить якогось способу його затримання (ст.13). У статті 15 і “домашнє огнище признається недоторканим”, однак виникає питання щодо худоби чи городу?

Всіляко підкреслюючи рівність прав усіх громадян УНР безвідносно до їх статі, національності чи віросповідання укладачі Конституції 1918 р. нічого певного не зазначали щодо власницьких прав громадян. Приватна власність на засоби виробництва, на землю не заперечувалася в III – IV Універсалах, але і не гарантувалася. Таким чином, важливе питання соціально-економічної організації суспільства – питання власності – на конституційному рівні лишалось не розв'язаним.

Конституція УНР так само, як і Конституція України, не припускала можливості мати подвійне громадянство: «громадянин УНР не може бути. Разом із тим громадянином іншої держави». Кожен громадянин УНР мав змогу вийти з громадянства за власною заявою до уряду, але позбавити людину цих прав у примусовому порядку міг лише суд (ст.ст.8, 9).

У сучасній Конституції другий розділ є теж одним із найбільших розділів, який містить у собі тлумачення прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. При цьому з'явилися абсолютно нові конституційні норми: всі люди є вільні і рівні у своїй особистості, мають невід'ємне право на життя, повагу до своєї гідності, свободу світогляду. Причому конституційні права і свободи не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України.

Таким чином, як Конституція УНР, так і сучасна Конституція України, хоч і не в однаковій мірі, закладали певні підвалини для розвитку та зміцнення демократичної, соціальної і правової держави, у якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визначаються вищою соціальною цінністю. У деяких моментах, таких, наприклад, як скасування смертної кари, Конституція УНР сягнула навіть далі сучасної – «громадяне УНР і ніхто інший на території її не може бути покараний смертю, ані відданий яким – небудь карам по тілу» (ст.14).

Статут готувався на зразок демократичних Конституцій Європи та США. Головні принципи даних документів були закладені в Конституції 1918 р. На конституційному рівні закріплювалося положення щодо державної влади України, яка здійснювалась на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Тут можна згадати і відому Конституцію П. Орлика (1710 р.), де вже на той час було закріплено поділ на три гілки влади [8]. Через багато років це положення було відтворене в 3 розділі Конституції УНР: «верховним органом УНР являються Всенародні Збори, які безпосередньо здійснюють вищу законодавчу владу в УНР і формують органи виконавчої і судової влади УНР»; вища виконавча влада належить «Раді Народних Міністрів» і вищим судовим органом є «Генеральний суд УНР» (ст.ст.23, 24, 25).

Отже, найвища законодавча влада належала парламенту – Всенародним Зборам (на відміну від європейських конституцій встановлювалася лише одна палата). Парламент мав обиратися «загальним, рівним, тайним і пропорціональним голосуванням» і, «щоб один депутат припадав на сто тисяч людності» (ст.ст.27, 28). Проголошувалися права депутатів, які обирались терміном на три роки: «він не може бути потягнений до відповідальності за свою політичну діяльність, під час виконання своїх обов'язків, він достає платню» (ст.ст.29-31). Таким чином, праця депутата, котрим міг бути будь-який громадянин із 20 років, необмежений за законом у своїх правах, оплачувалася, тобто парламент повинен був працювати на професійних засадах. Особа депутата проголошувалась недоторканою.

«Скликає Всенародні Збори і провадить ними Голова, який обирається на першій сесії. На допомогу Голові обираються йому товариші. Один із них вибирається заступником голови». Сесії парламенту повинні були скликатися двічі на рік, але перерва між ними не повинна перевищувати 3-х місяців. За вимогою п'ятої частини депутатів мали скликатися позачергові сесії в місячний термін (ст.ст.34 – 37).

Прийняття законів, встановлення бюджету країни, оголошення війни, укладення миру та затвердження міжнародних договорів, контролювання Ради Міністрів мав здійснювати парламент (ст.ст.44-49).

Право законодавчої ініціативи належало: «президії в порозумінні з Радою Старшин Зборів; поодиноким фракціям, зареєстрованим Всенародними Зборами; окремим депутатам, числом не менш 30-ти; Радою Народних Міністрів УНР; органам самоврядування, які об'єднують не менш 100 тисяч виборців; безпосередньо виборцям і громадянам Республіки, в числі не менш 100 тисяч» (ст.39). Але компетенція і склад посадових осіб і органів, що згадувались у цій статті, законодавцем не визначались.

Виконавчу владу обіймала Рада Народних Міністрів і дістала «свою повновасть від Всенародних Зборів і тільки перед якими відповідає» (ст.51). Рада Міністрів формувалася Головою парламенту, її склад і програма затверджувались Всенародними Зборами, перед ними уряд ніс відповідальність за свою діяльність. У разі вотуму недовіри уряд був зобов'язаний «скласти свою повновасть і через 24 години після цього Всенародні Збори можуть приступити до заміщення його», крім того «постановою в 2/3 Всенародних Зборів члени Ради Народних Міністрів можуть бути віддані під слідство й суд за свою діяльність» (ст.ст.54, 57, 58). Всенародні Збори мали право оголошувати вотум недовіри не лише уряду в цілому, а й поодиноким міністрам.

Уряд мав порядкувати всіма справами, які залишалися поза межами діяльності установ місцевого самоврядування або стосувалися всієї України, координувати і контролювати діяльність місцевих установ, але не втручатись при цьому до їх компетенції [9].

Судовій владі відводилась важлива на той час роль. Згідно з Конституцією УНР вона діяла незалежно. Передбачалося право суду встановлювати як законність виборів до Всенародних Зборів, так і правдомагання громадян про їх розпуск, перевірки правильності проявленої громадянами-виборцями (більше 100 тисяч чоловік) законодавчої ініціативи (ст.ст. 30, 39). Конституція надавала Суду УНР статус неупередженого гаранта особистої безпеки і свободи громадян, що і було відновлено в значно більшому обсязі в Конституції України 1996 р. Так, громадянин УНР міг бути позбавлений громадянських прав тільки постановою Суду Республіки, і тільки за судовим наказом могла бути порушена недоторканність житла, таємниця листування та інше (ст.ст.10, 14, 15). Закріплювався принцип рівності всіх перед судом: «Суд для всіх громадян Республіки один і цей самий, не виключаючи і членів Всенародних Зборів та членів Ради Народних Міністрів» (ст.65). Найвищим судом Республіки оголошувався Генеральний суд, який обирався Всенародними Зборами, але на який строк, яким способом у Конституції не йшлося. Натомість, у Конституції є таке важливе положення – „судових виршень не можуть змінити ні законодавчі, ні адміністративні органи власті” (ст.63). З огляду на складність ситуації в Україні на той час, Конституція не мала шансів на встановлення незалежної судової влади. Не зважаючи на декларативне проголошення незалежності суду, він підпорядковувався парламентові.

У Конституції УНР можна виділити один із законодавчих принципів, який закріплює право на місцеve самоврядування в Україні. В Основному законі 1918 р., як і тому, що є чинним і зараз, представлена широка можливість для розвитку місцевого самоврядування. У відповідності до Конституції УНР до місцевих органів самоврядування відносилися «виборчі Ради і Управи громад, волостей і земель. Їм належала єдина безпосередня місцева власть: міністри УНР тільки контролюють і координують їх діяльність, безпосередньо і через визначених ними урядовців, а всякі спори в цих справах рішає Суд УНР» (ст.26). Позитивним чинником є і право законодавчої ініціативи, що надавалася місцевим органам самоврядування: «Законодавчі проекти вносяться на розгляд Всенародних Зборів органами самоврядування, які об'єднують не менше 100 тисяч виборців» (ст.39). Аналогічна ж норма в сучасній Конституції відсутня. Але в Конституції 1918 р. не було розроблено розмежування функцій державних органів та місцевої влади (виборчі Ради і Управи громад, волостей та земель), крім зауважень, які мусили контролювати і координувати лише міністри.

Окремий розділ Статуту був присвячений національним проблемам: «Кожна з населяючих Україну націй має право в межах УНР на самостійне устроєння свого національного життя, що здійснюється через органи Національного Союзу, влада якого шириться на всіх його членів, незалежно від місця і поселення в УНР». «Великоруській, європейській і польській націям право національно-персональної автономії дається силою цього закону» (ст.ст.69, 70).

Вищим законодавчим органом Національного Союзу ставали Національні Установчі Збори, що утворювалися з членів, «обраних належними до цієї нації громадянами УНР на основі загального, рівного виборчого права, через безпосередні вибори і таємне голосування» (ст.ст.72, 76).

«Вищим виконавчим органом Союзу є Національна Рада, котра обирається Національними Зборами і перед ними відповідає» (ст.77). Кожен Національний Союз видає законодавство, що не повинно суперечити законодавству України (в такому разі створюються спільні «погоджувальні комісії»); встановлює свій бюджет. Органи кожного Національного Союзу були органами не громадянськими, а державними, що надавало їм відповідний правовий статус і авторитет (ст.ст.74, 75). Однак всі постанови, що торкалися компетенції Національного Союзу, розглядалися і затверджувалися Всенародними Зборами.

Треба звернути увагу і на восьмий розділ Конституції „Про часове припинення громадських свобод”, де йшлося про можливість „у випадку державної konieczности (під час війни) можуть громадянські свободи бути частю обмежені, частю припинені, але не більш як на три місяці”. Дія яких саме прав чи свобод повинна бути призупинена приймали Всенародні Збори, а у виняткових справах – Рада Народних Міністрів (ст.ст.79, 82, 83).

Підводячи підсумки, треба зауважити, що Конституція УНР була прийнята на засіданні Малої Ради 29 квітня 1918 р., а не Установчими Зборами, які мали її ухвалити, як проголошувалося в ІV Універсалі Центральної Ради [10]. Основний Закон, затверджений верхівкою Центральної Ради, був порушений в цей же день обранням президента УНР М.С. Грушевського, про якого в цьому документі мова не велась. У Статуті була відсутня не тільки посада Голови держави, а і голови уряду – прем'єра. Принцип поділу влади мав декларативний характер, бо, насправді, і уряд, і суд підкорялися парламентові. У Конституції не згадувалися герб, прапор, гімн держави; основні принципи зовнішньої політики; органи прокуратури; судова система; були відсутні статті, що регламентували соціально-економічні проблеми.

Вказані недоліки можна пояснити, по-перше, відсутністю певних навиків, теоретичної підготовки в питаннях створення конституційних документів у членів комісії. По-друге, стан справ в Україні (громадянська війна; нездатність Центральної Ради в управлінні країною; наявність партійних фракцій у парламенті) мав негативні наслідки у ході підготовки і прийняття Конституції.

“Статут про державний устрій, права та вольности УНР” 1918 р. через історичні умови так і не був реалізований, хоча залишився значною історичною пам'яткою і важливим орієнтиром для подальших державно-правових актів України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141.
2. III Універсал Центральної Ради (7 листопада 1917 р.) // Конституційні акти України. 1917-1920 рр. Невідомі конституції України. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 76.
3. Грушевський М.С. Хто такі Українці і чого вони хочуть. – К.: Наукова думка, 1991. – С. 34.
4. IV Універсал Центральної Ради (22 січня 1918 р.) // Конституційні акти України. 1917-1920 рр. Невідомі конституції України. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 78.
5. Статут про державний устрій, права і вольности УНР (29 квітня 1918 р.) // Конституційні акти України. 1917-1920 рр. Невідомі конституції України. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 81.
6. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141.
7. Там само.
8. Конституція П. Орлика (1710 р.) // Хрестоматія з історії держави та права України / За ред. В.Д. Гончаренка. – К.: Ін Юре, 2000. – С. 185.
9. Мироненко О.М. Світоч української державності. – К., 1995. – С. 180.
10. IV Універсал Центральної Ради (22 січня 1918 р.) // Конституційні акти України. 1917-1920 рр. Невідомі конституції України. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 78.

УДК 342.36/37 (091)

МОНАРХІЯ І ПОЛІАРХІЯ ЯК ІСТОРИЧНІ ТИПИ ФОРМИ ДЕРЖАВНОГО ПРАВЛІННЯ

Бостан С.К., к.і.н., доцент, професор

Запорізький юридичний інститут

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена актуальній та слабо вивченій у вітчизняній юридичній науці темі, пов'язаній з визначенням історичних типів форми державного правління. Досліджуючи традиційну класифікаційну схему форм правління, де в якості основних їх типів фігурують “монархія” та “республіка”, автор дійшов висновку про наявність у такому поділі певних суперечностей, які не дозволяють використовувати для позначення типів форми правління один із зазначених термінів. Останнє стосується терміна “республіка”, котрий запропоновано замінити терміном “поліархія”, який, на думку автора, більш кореспондується з протилежним йому терміном “монархія”. Аналізу можливих шляхів усунення зазначеного понятійно-категоріального дисбалансу в традиційній класифікаційній схемі форм державного правління, характеристиці поліархії як типу форми правління держави громадянського суспільства присвячена значна частина запропонованої статті.

Ключові слова: форма державного правління, монархія, поліархія, республіка.

Бостан С.К. МОНАРХИЯ И ПОЛИАРХИЯ КАК ИСТОРИЧЕСКИЕ ТИПЫ ФОРМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВЛЕНИЯ / Запорожский юридический институт Днепропетровского государственного университета внутренних дел, Украина

Статья посвящена актуальной и слабо изученной в отечественной юридической науке теме, связанной с определением исторических типов формы государственного правления. Исследуя традиционную классификационную схему форм правления, где в качестве основных их типов фигурируют “монархия” и “республика”, автор пришел к выводу о наличии в таком делении определенных противоречий, которые не позволяют использовать для обозначения типов формы правления один из указанных терминов. Последнее касается термина “республика”, который предложено заменить

термином “полиархия”, что, по мнению автора, больше корреспондируется с противоположным ему термином “монархия”. Анализу возможных путей устранения указанного понятийно-категориального дисбаланса в традиционной классификационной схеме форм государственного правления, характеристике полиархии как типа формы правления государства гражданского общества посвящена значительная часть предложенной статьи.

Ключевые слова: форма государственного правления, монархия, полиархия, республика.

Bostan S.K. MONARCHY AND POLYARCHY AS HISTORICAL TYPES OF STATE SYSTEM FORMS / Zaporizhzhya Law Institute of the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, Ukraine

The article deals with the problem of defining of historical types of the state system forms, which is actual and poorly researched in domestic jurisprudence. Studying the traditional classification of state system forms, that provides two basic types, which are the "monarchy" and the "republic", the author has concluded that such division has certain contradictions, which do not allow to use one of the named terms to express the essence of state system forms. The last passage concerns the term "republic" which it is offered to replace with the term "polyarchy". In author's opinion, this term corresponds with the term "monarchy", which is opposite to it. The significant part of article is dedicated to the analysis of possible ways of elimination of the specified conceptual and categorical imbalance in the traditional classification of state system forms, to the characteristic of the "polyarchy" as a type of state system form in a civil society.

Key words: state system form, the monarchy, the polyarchy, the republic.

Питання про найкращу форму організації державної влади було предметом пильного суспільного інтересу упродовж багатьох тисячоліть, не втратило воно своєї теоретичної і практичної значимості і понині. Особливо актуальним на рубежі століть це питання виявилось для України, де недосконалість форми державного правління почала гальмувати процес державотворення. Це зумовило початок політичної реформи, основною ланкою котрої стала форма правління української держави. Але політична і викликана нею конституційна реформи, на нашу думку, не дала бажаних результатів. Однією з головних причин цього є те, що запропонована модель переходу до парламентсько-президентської форми правління, як справедливо стверджує Президент Академії правових наук України В. Тацій, не дістала належного та всебічного наукового обґрунтування насамперед із боку юристів [1, 58]. Це стосується перш за все теоретичних розробок, наявність яких сприяла б більш глибокому усвідомленню суті необхідних політико-правових перетворень.

Прагнучи деякою мірою заповнити цю прогалину, ми здійснили спробу дослідити таке важливе теоретичне питання як класифікація форм державного правління. «Проблемі класифікації форм державного правління як могутнього інструменту методології теоретичних досліджень, що дозволяє не тільки упорядкувати за визначеними критеріями множину різних політико-правових явищ і процесів, але виділити саме сутнісне водночас і випадкове, суб'єктивне в цих явищах і процесах...» [2, 120], приділялася особлива увага з давніх часів. Суттєвими є і класифікаційні надбання вітчизняних державознавців, для котрих (на відміну від зарубіжних) характерний багаторівневий підхід до класифікації форм державного правління. Заснований не тільки на формальних, але і на сутнісних критеріях, цей підхід дав змогу сконструювати досить чітку ієрархічну систему видів і підвидів (різновидів) форм державного правління. Однак при проведенні відповідних класифікаційних робіт практично недослідженим залишилось питання типологізації форми державного правління, тобто класифікаційна операція вищого рівня, яка за найбільш суттєвими ознаками дозволяє створити “збірний” образ, тип досліджуваного явища.

Зазначена проблема певною мірою знайшла відображення в публікаціях М. Гукешокова (Росія) [3], С. Рядова [4, 149-154] та В. Сухонос [5, 57-73] (Україна). Але на рівні типологічного визначення форм правління автори не вийшли за межі традиційного їх поділу на “монархію” і “республіку”. Не погоджуючись з зазначеним ми спробуємо розкрити в цій статті суперечності традиційної типологізації форми державного правління та визначити шляхи їх вирішення на основі деяких нових методологічних підходів.

Поділ форм державного правління на дві “основні форми”: монархію і республіку в державознавстві, взагалі, та в юриспруденції, зокрема, міцно закріпився в другій половині XIX – поч. XX ст. Чи є вищезгадані “основні форми” типами форми державного правління? З одного боку, ніби-то так, оскільки вони займають верхню сходинку на цій класифікаційній схемі і є вихідними для виділення спадних видів форм державного правління. З іншого – ні, оскільки поділ на монархію і республіку, по суті, здійснюється за таким формальним критерієм як порядок заміщення посади глави держави, що для визначення їх типу явно недостатньо. Оскільки цей критерій у сучасних умовах утратив своє колишнє сутнісне значення, “виведення” відповідних типів форм державного правління має здійснюватися, на нашу думку, на іншій основі.

При типологізації форм державного правління, по-перше, ми повинні виходити з того, що держава, котра є продуктом людського суспільства, має свій історично обумовлений тип. “Історичному типу держави” властивий свій “історичний тип форми”, який, зокрема, визначається: а) ступенем концентрації і централізації державної влади; б) співвідношенням держави і стану суспільства, що виражається в наявності чи відсутності “середнього класу”; в) закритістю чи відкритістю характеру влади, що

визначається доступом до владних структур різних груп населення; г) формами політичної участі (примусові чи добровільні) населення у формуванні інститутів влади, у державному управлінні [6, 127].

По-друге, історія державно-організованого суспільства поділяється на дві епохи: епоху станово-кастового суспільства й епоху громадянського суспільства [7; 8; 9]. Історичному типу держави епохи станово-кастового суспільства відповідає тип “монократичної (єдиновладної) форми”, а державі епохи громадянського суспільства – “полікратичної (багатовладної) форми” [10, 255]. Ці “історичні типи форм держави”, у свою чергу, обумовлюють відповідні “історичні типи форм державного правління”.

Однією з найдавніших форм організації державної влади дійсно є **монархія** (**μοναρχία** від гр. **μονος** – один, **εдино** і **αρχή** – влада, правління) [11, 153]. Монархія склалася ще на зорі появи держави, у суспільствах ранніх землеробських культур, де організація влади, здійснювана на жорстко централізованій основі, згори вниз, була найбільш ефективною, зрозумілою, відповідає найсуворішій регламентації сільськогосподарського виробництва, духовному світу хліборобів-общинників. Духовною її основою було те, що в патріархальній свідомості склалося уявлення про природну нерівність людей, їх диференціацію за майновим становищем, званням, місцем у соціальній ієрархії. Звідси і розподіл суб’єктів державного спілкування (населення) за походженням “на тих, хто допущений і тих, хто не допущений до здійснення верховної влади...” [12, 593]. Саме закріплена в праві соціальна нерівність населення є джерелом і живильним середовищем монархічної влади протягом тривалого історичного періоду. В історії державно-організованого суспільства цей період займає цілу епоху – епоху станово-кастового суспільства. Протягом усього цього часу така форма організації верховної державної влади набула відповідних типових рис (ознак).

Першою, самою суттєвою ознакою, що етимологічно знайшло своє практичне втілення в змісті самого терміна монархія, є *єдиновладдя* (єдиноправління). Це означає, що державна влада, яка характеризується організаційною і функціональною єдністю своїх органів, сконцентрована в руках одного з них – глави держави, що персоніфікується монархом. Оскільки серед суб’єктів державного спілкування один (**μονος**) він є джерелом державної влади, то в його руках зосереджується вся повнота цієї влади. Влада монарха – верховна, суверенна, не знає обмежень і поширюється на всі сфери державної діяльності. Тобто правління в такій державі є результатом одноособових дій одного вищого органу влади – глави держави, оскільки навіть при розподілі повноважень між іншими державними органами остаточне рішення з будь-якого питання залишається за ним.

Суть другої ознаки, яка вказує на монархічний характер системи влади цієї історичної епохи, полягає у тому, що суб’єкти державного спілкування (населення) *усунути від* процесу формування органів верховної влади, а відтак і *процесу легітимації політичної влади* в державі. Владні інституції формуються одним правителем і відповідальність несуть перед ним.

Третьою типовою ознакою монархічної форми правління є *безвідповідальність* глави держави. Правитель не несе конкретної політичної і юридичної відповідальності за результати свого правління, а за помилки і зловживання в державному керівництві відповідають державні чиновники.

Четверта її ознака – *спадковість* при передачі влади від одного глави держави до іншого.

П’ята – *безстроковість, довічність* влади правителя.

Виходячи з цього, на питання, чи є монархія типом форми державного правління, ми відповідаємо ствердно, оскільки, незважаючи на деякі видові розходження її в рабовласницькому та феодальному суспільствах, у країнах Західної та Східної цивілізації вищезгадані типові риси (ознаки) у сукупності створюють характерну саме для держави станово-кастового суспільства типову модель форми правління. Її зміст характеризувався стійкістю, стабільністю, довготривалістю, оскільки обумовлювався сутністю держави станово-кастового суспільства, його монократичною формою.

Громадянське суспільство, що прийшло на зміну станово-кастовому суспільству, обумовило появу нового типу держави, його загальної полікратичної форми та протилежному монархії типу форми державного правління. Структура і характер цієї структурно-інституціональної системи влади мала під собою соціально-економічні, політичні й ідеологічні підстави, котрі були обумовлені специфікою нового, безстанового (громадянського) суспільства.

Поява такої форми державного правління, де формування і функціонування складових її органів засновано на тих чи інших демократичних засадах, мало під собою насамперед соціально-економічні основи: ринкову економіку, засновану на приватній власності, нову соціальну структуру суспільства, наявність чисельного “середнього класу” тощо. Але на відміну від монархії, що виникла ірраціонально, на базі практичного досвіду, поява протилежної їй форми державного правління в громадянському суспільстві була підготовлена попередньою суспільно-політичною думкою. Вона, виходячи з принципу формальної рівності людей (неприпустимого для колишнього суспільства), підготувала суспільну свідомість до раціонального сприйняття державної влади, представником якої може стати будь-який громадянин, створила різні моделі її деконцентрації, засновані на принципі поділу влади і їх балансу

через систему стримувань і противаг. Саме визнання та практичне втілення цього принципу в державне життя здійснив кардинальний переворот у структурно-інституціональній системі вищих органів державної влади, результатом котрого став перехід від правління одного (монос) органу до правління взаємопов'язаних між собою багатьох (ролі) вищих державних органів.

Накопичений досвід побудови державних форм в епоху громадянського суспільства свідчить про те, що на зміну монархії прийшов якісно новий тип форми державного правління, якому притаманні такі характерні ознаки.

По-перше, джерелом верховної влади є не один (монос), а багато (ролі) суб'єктів державного спілкування, які безпосередньо або опосередковано беруть участь у формуванні всіх складових інституцій форми правління – вищих органів законодавчої і виконавчої влади. У різних країнах існують різні виборчі системи: одні з них менше, інші більш демократичні, але непорушним залишається той факт, що народ так чи інакше має право брати участь у формуванні органів державної влади.

По-друге, правління в такій державі, на противагу монархії, є результатом колективних дій відповідних органів влади. Рішення, прийняті вищими органами влади, як правило, шляхом голосування – у більшості випадків довгостроково готуються, обговорюються за відповідною процедурою, проходять експертизу, іноді перевіряються в експериментальному порядку.

По-третє, у таких державах влада деконцентрована – єдина за своєю суттю вона розділена на ряд гілок: законодавчу, виконавчу і судову. Усі вищі органи державної влади мають складну структуру, наділяються визначеними, тільки їм властивими повноваженнями.

По-четверте, вищі державні органи влади обираються на певний термін, тобто реалізується принцип змінюваності. Цей принцип припускає, що в кожній людині, як би якісно вона не виконувала державні обов'язки, є межа фізичних, психологічних і інтелектуальних можливостей.

По-п'яте, державні органи через посадові особи несуть відповідальність. Вона має насамперед політичний характер і може виражатися в таких діях, як достроковий відзив (депутата), відправити у відставку (уряд, міністрів), розпуск парламенту тощо. Чіткий розподіл компетенції між державними органами дозволяє установити, на якій ділянці державного механізму відбувся збій у роботі і де потрібно замінити ту чи іншу посадову особу.

Як зазначалося, цю “основу” форму державного правління зазвичай називають *республікою*. Але широко відомий термін “республіка” для позначення форми правління є, на нашу думку, не зовсім вдалим, оскільки його етимологічний зміст не розкриває сутності досліджуваного явища. Останнє, як відомо, являє собою систему влади, владних інститутів і це має знайти відображення у його назві. Термін “монархія” для цього цілком підходить, оскільки його етимологічний зміст – єдиновладдя, єдиноправління – безпосередньо дає уявлення про джерело і суб'єкт правління в державі. Термін же “республіка” (від лат. **res** – *справа* і **publica** – *публічна, загальна*), котрий дослівно означає “справа публічна (загальна)”, прямого уявлення про форму державного правління не дає. Постає питання: чому термін “республіка” зайняв місце в цьому понятійному ряду? Певною відповіддю на це може бути формальна аргументація абсолютної більшості сучасних державознавців, котрі поділ на монархію і республіку пояснюють “традицією”.

Ця традиція почала складатися в державознавстві разом із появою терміна “республіка” та в процесі наступної його еволюції. Термін “республіка” уперше в понятійний обіг державознавства був уведений відомим давньоримським юристом Цицероном. Він використовував його як синонім держави і про це свідчить, насамперед, праця “Держава”, котра латинською мовою називається “*De re publica*”. У ній Цицерон наводить положення “*res publica est res populi*”, що на той час з юридичної точки зору означало: “*res*” – предмет (річ), який використовується людиною; “*res publica*” – майно, яке знаходилося у загальному, публічному використанні римським народом (*populi*), римською общиною (*civitas Romana*) – соціального утворення, схожого на грецький поліс [13, 20, 183]. Тобто під республікою Цицерон розумів “державу” із відповідним соціальним змістом, а не один із видів форми державного правління. На користь цього також свідчить факт відсутності терміна “республіка” серед тих, що використані ним для позначення форм держави: монархія, аристократія і демократія.

Родоначальником двочленного поділу “основних форм правління” на монархію та республіку вважається відомий італійський мислитель Н. Макіавеллі. “З того часу, як Макіавеллі протиставив республіку пануванню князя, – писав Г. Сллінек на рубежі XIX-XX ст. – грецький тричленний поділ на монархію, аристократію і демократію (політію) та їх перекручені форми хоча й не витісняються протиставленням монархії та республіки, але все ж таки пізніше й інші автори під впливом Макіавеллі кладуть двочленний поділ в основу вчення про форми держави” [14, 492]. “Усі держави, які володіли або володіють владою над людьми, – зокрема писав Н. Макіавеллі, – були або республіками або державами, керованими єдинолично” [15, 50]. Н. Макіавеллі ці поняття дійсно використовує дуже часто, але більш детальний аналіз його праць “Державець” і, особливо, “Роздуми про першу декаду Тита Лівія” свідчить про те, що

італійський мислитель, як і його попередник Цицерон, під республікою і монархією теж розумів не форму держави, а саму державу із відповідним соціальним змістом. У першому випадку – це держава, що спирається на соціальну рівність, в іншому – на соціальну нерівність [15, 50].

У такому же сенсі, тобто як синонім держави, республіку розумів і Ж. Боден. Тільки після нього суспільно-політична думка починає використовувати термін “республіка” також і для позначення форми правління. Це однак було обумовлено не стільки державницькою теорією, скільки практикою державотворення того часу в деяких країнах. Не випадково першу спробу сприйняття терміна “республіка” як форми правління здійснено голландським мислителем та юристом Г. Гроцієм, за “плечима” котрого був досвід побудови в Нідерландах “Республіки Об’єднаних провінцій” у 80-х рр. XVI ст. Англійська буржуазна революція сер. XVII ст. з її невдалою спробою встановлення республіки теж привернула увагу до неї мислителів (наприклад, Ш. Монтеск’є, Ж.Ж. Руссо та ін.), але своєрідну крапку над “і” в цьому питанні поставила американська конституція 1787 р., котра юридично закріпила за створеною новою державою (США) т.зв. республіканську форму правління. Теоретичним підґрунтям цього стали думки одного з ідеологів американської революції Т. Пейна, котрий, спираючись на такі принципи утворення правління, як спадкування і виборність, класифікував форми правління на “старі” – *монархічні* (самі несправедливі і недосконалі з усіх систем правління) і “нові” – *республіканські* (правління, засноване в інтересах суспільства і здійснюване в його інтересах, як індивідуальних, так і колективних).

Таким чином, юридичне закріплення і практичне втілення ідей про республіку в США сприяли відходу від початкового етимологічного змісту самого терміну і остаточному закріпленню у вченні про форми держави двочленного поділу на монархію і республіку. Під впливом такого переконливого досвіду в науці про державу відбулося змішання елементів різних понятійних рядів, яке чітко видно, якщо на це явище подивитись через призму понятійно-категоріального апарату сучасного державознавства, особливо вітчизняної загальної теорії держави і права.

Спираючись на такі ключові поняття останньої, як сутність держави та форма держави, можна дійти висновку, що, використовуючи положення “публічна справа є справа народу”, Цицерон, як утім і Н. Маккіавелі, Ж. Боден та ін., мав на увазі не форму держави, а соціальну сутність останньої. Саме в цьому ж сенсі, на нашу думку, має бути використаний у державознавстві термін “республіка”, який би слугував для характеристики якісно нової, народної держави. Тобто під **республікою**, повертаючись до початкового змісту цього терміна, слід розуміти *створену народом (populi) державу, соціальним призначенням та метою функціонування якої є забезпечення його загальних інтересів (публічної справи – res publica), а не окремих верств населення*. Оскільки забезпечення загальних інтересів народу можливо при рівності всіх його суб’єктів (громадян), то республіка – це держава, сутність якої обумовлена певним періодом розвитку державно-організованого суспільства, а саме його “громадянським” станом. Іншими словами республіка – це тип держави епохи громадянського суспільства. Усі ж держави колишньої, станово-кастової епохи за своєю сутністю і відповідно типом – “нереспубліки” (arespublica), оскільки були засновані на соціальній нерівності суб’єктів державного спілкування. З точки зору формальної логіки нонсенсом виглядає позначення, наприклад, античних держав як республік, оскільки вони були “загальною справою” тільки частини народу, у той час як інша його частина, як правило, набагато чисельніша, знаходилась у рабстві. Станова рабовласницька або феодална держава за своєю сутністю в принципі не може бути республікою.

Виходячи з цього, понятійний ряд: держава – тип держави – тип форми держави – тип форм державного правління для відповідної історичної епохи виглядає наступним чином:

- держава епохи станово-кастового суспільства за типом – нереспубліка (arespublica), за типом форми держави – монархія, за типом форми державного правління – монархія;
- держава епохи громадянського суспільства за типом – республіка, за типом форми держави – поліархія, а за типом форми правління пропонуємо назвати цю державу поліархією.

Термін **поліархія (ρολιαρχία)** [11, 153], що походить від сполучення грецьких слів **ρολι** – *багато* і **αρχή** – *правління, влада*, вперше в науковий обіг був уведений на початку 50-х рр. XX ст. американським політологом Р. Далем. Вважаючи незаслуженим те, що він вийшов з уживання, наступну свою наукову діяльність Р. Даль пов’язав із розробкою його змісту. Віддаючи належне американському політологу за “реанімацію” терміна “поліархія”, ми однак повинні констатувати, що він використовується ним у самому широкому сенсі, від суті, для позначення саме типу держави громадянського суспільства. На нашу думку, його відхід від смислового змісту терміна “поліархія” як “управління державою чи містом багатьма на противагу *монархії*” [16, 614], що містилось в оксфордському словнику 1909 р. і самому Р. Далю послужило відправною точкою для його наукових розробок, не має достатніх підстав. Більш слушною в цьому випадку вважаємо думку авторів зазначеного вище довідникового видання, які під поліархією розуміють форму організації влади протилежної монархії.

Уведення терміна “поліархія” і в науковий обіг вітчизняного державознавства, насамперед загальної теорії держави та конституційно-правової науки, сприяло б, на нашу думку, досягненню певного балансу між термінами “монархія” і “республіка”.

Використання “поліархії” замість “республіки” при типології форм державного правління, по-перше, усунуло б існуючий мовно-термінологічний “грецько-латинський” дисбаланс у цьому питанні, беручи за основу одну мову – грецьку (*μοναρχία* – *πολιαρχία*), котра є загальновизнаним термінологічним джерелом державознавства, на відміну від латинської, яка вважається мовою права (правознавства).

По-друге, усувається існуючий дисбаланс між етимологічним змістом цих понять. Монархія – влада, яка є похідною від одного суб’єкта, а правління є результатом дії теж одного державного органу – монарха; поліархія – влада, яка похідна від багатьох суб’єктів (народу), а правління є результатом колективних дій теж багатьох (більше одного) державних органів.

По-третє, обидва ці терміни за природою відображених у них явищ є юридичними (нейтральними), оскільки безпосередньо пов’язані з державною владою. При старому поділі монархія – за змістом політико-правовий термін, республіка ж – соціальний.

І нарешті, використання термінологічної пари: монархія – поліархія внесе в науку загальної теорії держави і права певний порядок у понятійний ряд: держава – історичний тип держави – історичний тип форми держави – історичний тип форм державного правління, де термін “республіка”, виходячи зі свого етимологічного змісту, у цій понятійно-категоріальній ієрархії займе більш високу, ніж раніше, сходинку.

Виходячи з вищенаведеного, ми б вважали доцільним визначити у якості двох “основних” форм державного правління, а точніше двох її “типів”:

- 1) *монархію* як типову для держави станово-кастового суспільства структурно-інституціональну і функціональну систему верховної влади, яка сконцентрована в руках глави держави, котрий унаслідок у свого особливого юридичного статусу (первинність і довічність владних повноважень, безвідповідальність і спадковість) одноосібно править державою;
- 2) *поліархію* як типову для держави громадянського суспільства структурно-інституціональну і функціональну деконцентровану систему верховної влади, здійснення якої є результатом спільних дій вищих законодавчих та виконавчих державних органів, котрі безпосередньо чи побічно формуються на певний термін громадянами.

Таким чином, усупереч сформованій міцній традиції поділу “основних форм” державного правління на монархію і республіку, доцільніше, на наш погляд, для позначення двох “історичних типів форм державного правління” використовувати поняття монархія і поліархія. Такий підхід до типологізації цих форм організації влади відкриває шлях для вирішення існуючих суперечностей у деяких нижчих ланках загальної класифікації форм державного правління. Йдеться насамперед про ту ситуацію, коли однакові за своїм внутрішнім змістом форми державного правління, т. зв. “парламентська монархія” і “парламентська республіка” визначаються як види різних “основних форм” (типів) форм правління – монархії і республіки. На нашу думку, обидві ці форми правління є поліархічними, а розрізняються вони за такою, далеко не істотною в сучасних умовах, ознакою, як порядок заміщення посади глави держави – шляхом виборів чи шляхом спадкування. Тобто Бельгія, Швеція, Норвегія, Японія й інші подібні їм так звані сучасні “парламентські монархії” – держави, що за своєю соціальною сутністю можна визначити як республіки, за формою правління – є поліархіями зі спадковим главою держави. За допомогою запропонованого підходу можна розставити акценти по-іншому й в інших ланках загальної класифікації форм державного правління, при виокремленні в рамках позначених типів їх видів і підвидів. Оскільки це мало б не тільки теоретичне, але і практичне значення, продовження дослідницької роботи в цьому напрямку відповідало би потребам як самої теорії держави, так і практиці державного будівництва на сучасному етапі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тацій В. Шлях “спроб та помилок надто дорого обходиться суспільству” // Віче. – 2005. – № 9. – С. 58-63.
2. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. – М.: Новый Юрист, 1998. – 624 с.
3. Гукешкоков М.Л. Проблемы классификации форм государства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2000. – 18 с.
4. Рябов С. До питання про класифікацію форм державного правління відповідно до параметрів політичної науки // Інтеграція України у світове співтовариство. – К., 1999. – С. 149-154.

5. Сухонос В. Форма правління: термінологія, класифікація, характеристика (проблеми постіндустріальної епохи) // Збірник наукових праць: юридичні і політичні науки. – Держава і право. – 2003. – Вип.21. – С. 57-63.
6. Мухаев Р.Т. Теория государства и права. – М.: Приор, 2002. – 464 с.
7. Проблемы теории государства и права: Учебное пособие. – М.: ПРОСПЕКТ, 1999. – 504 с.
8. Бостан Л.М., Бостан С.К. Держава і право епохи станово-кастового суспільства: Навчальний посібник з курсу “Історія держави і права зарубіжних країн” для студентів, курсантів, слухачів. – 2-е вид. – Запоріжжя: Просвіта, 2003. – 360 с.
9. Бостан Л.М., Бостан С.К. Держава і право епохи громадянського суспільства: Навчальний посібник з курсу “Історія держави і права зарубіжних країн” для студентів, курсантів, слухачів. – Запоріжжя: Просвіта, 2003. – 451 с.
10. Сравнительное конституционное право / Отв. ред. В.Е. Чиркин. – М.: Международные отношения, 2002. – 448 с.
11. Пазенюк В.С. Архія // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: “Укр. Енцикл.” ім. М.П. Бажана, 1998. – Т.1: А-Г. – 672 с.
12. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под. общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. – М.: НОРМА (НОРМА-ИНФРА), 2002. – 832 с.
13. Цицерон. Диалоги. О Государстве. – О законах. – М.: Наука, 1966. – 224 с.
14. Еллинек Г. Общее учение о государстве. – СПб., 1908. – Т.1. – 599 с.
15. Макиавелли Н. Государь: Сочинения. – Харьков: Фолио, 1998. – 656 с.
16. Даль Р. Полиархия, плюрализм и пространство // Антология мировой политической мысли: В 5 т. / Нац. обществ. науч. фонд; Руководитель научного проекта Г.Ю. Семигин. – М.: Мысль, 1997. – Т.2. – С. 612-617.

УДК 342.36/37

МОНАРХІЧНИЙ ПРОЕКТ РОЗБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Мойсієнко В.М., к.і.н., доцент, Джолос С.В., студент

Черкаський національний університет ім. Б. Хмельницького

Стаття присвячена актуальним питанням розбудови правової держави і громадянського суспільства. Автори пропонують один із шляхів реалізації цього проекту через підвищення авторитету та впливу компетентної монархічної державної влади, заснованої на засадах честі та верховенства права.

Ключові слова: освічений абсолютизм, дуалістична монархія, конституційна монархія, парламентарна монархія, монархія, республіка, громадянське суспільство, правова держава, розподіл влад, державно-політичний режим, авторитарний політичний режим.

Moysienko V.N., Dzholos S.V. МОНАРХИЧЕСКИЙ ПРОЕКТ ПОСТРОЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА И ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА / Черкасский национальный университет им. Б. Хмельницкого, Украина

Статья посвящена актуальным вопросам построения правового государства и гражданского общества. Авторы предлагают один из путей реализации проекта путем повышения авторитета и влияния компетентной монархической государственной власти, основанной на принципах честы и верховенства права.

Ключевые слова: просвещенный абсолютизм, дуалистическая монархия, конституционная монархия, парламентарная монархия, монархия, республика, гражданское общество, правовое государство, разделение властей, государственно-политический режим, авторитарный политический режим.

Moysienko V.M., Dzholos S.V. THE MONARCHIST PROJECT OF THE CIVIL SOCIETY AND LEGAL STATE BUILDING / Cherkasy National University named after Bohdan Khmelnytsky, Ukraine

The article is dedicated to the urgent questions of the legal state and civil society building. The authors propose one of the ways of realization of this project through the rising of the authority and influence of the competent monarchic state power, based on the principles of honour and rule of law.

Key words: enlightened absolutism, dualistic monarchy, constitutional monarchy, parliamentary monarchy, monarchy, republic, civil society, legal state, separation of powers, state and political regime, authoritarian political regime.

У сучасності найдосконалішими формами організації суспільного життя прийнято вважати громадянське суспільство та правову державу. Разом із тим, нинішній добі притаманною є точка зору, згідно з якою тільки народ як суб'єкт політичної системи суспільства здатен побудувати демократичний устрій (шляхом безпосереднього чи представницького народовладдя), що був би здатен забезпечити та гарантувати законні права та свободи кожного індивіда. Тим не менше, часто поза увагою дослідників залишається роль деяких дещо авторитарних важелів, конче необхідних для досягнення загального благоденства (апарат примусу, заснована на законі концентрація державної влади в руках компетентних осіб тощо), та суттєві проблеми й недоліки демократичного устрою та республіканської форми правління. Крім того, необхідно зауважити, що саме поняття та принципи громадянського суспільства і правової держави зародилися задовго до отримання народом політичних прав, тобто здатності впливати на управління державою (праці Аристотеля, Гроція, Гоббса, Локка, Монтеск'є, Руссо, Гегеля та ін.).

Таким чином, перед сучасним суспільством постала актуальна проблема визначення пріоритетних напрямків розвитку з метою побудови громадянського суспільства, правової держави, загального благоденства та забезпечення законних прав і свобод кожного індивіда. Ймовірно, деякою перешкодою досягненню вказаних благ може бути й філософія модерного суспільства, надто схильного до ліквідації або ігнорування розумних та доцільних меж свободи. У протидію цьому, європейський досвід державотворення та наукова думка Нового часу переконливо засвідчили необхідність наявності певної сили (можливо, монархічної?), здатної скоординувати суспільство, визначити основні вектори його розвитку та забезпечити досягнення загального добробуту.

Дослідженню природи громадянського суспільства та правової держави були присвячені праці таких видатних дослідників, як Аристотель [1], Демокрит, Полібій [2], Цицерон [3], Сократ, Платон [4], які описали взаємодію між правом і державою та дійшли висновків, що: а) влада закону поєднує силу держави і права; б) всі люди є рівними у своїх природних правах; в) право є мірилом справедливості; г) держава – правове об'єднання громадян. У XVII-XVIII ст. дослідженню вказаних інституцій присвятили свої праці Дж. Локк [5], Ш.Л. Монтеск'є [6], І. Кант [7], Г. Гроцій [8], Т. Гоббс [9], Ж. Ж. Руссо [10], Г.В.Ф. Гегель [11] та ін. Основними узагальненнями вказаних дослідників стали принципи: а) зв'язку держави та її інституцій за допомогою норм права (Кант); б) розподілу влад (Монтеск'є); в) законності супротиву незаконним діям влади (Локк) та ін. Праці XIX – початку XX ст. (Моль, Велькер, Дайсі, Шершневич, Палієнко, О. та Б. Кістяківській [12]) продовжили дослідження попередників минулих епох. У XX ст. закріпилися такі необхідні засади правової держави: а) верховенство права; б) розподіл влад; в) недоторканість законних особистих прав і свобод індивідів та ін.

З іншого боку, дослідженням ролі влади та різновидів монархії були присвячені праці таких сучасних дослідників як, В.І. Тимошенко [13; 14], В.М. Шаповала [15; 16; 17], О.К. Дубина [18], В.М. Мойсієнка [19], С.В. Джолоса [20] та ін. Серед надбань новітньої доби необхідно згадати праці В.В. Копейчикова [21], М.В. Цвіка [22], О.Ф. Скакун [23] тощо.

Разом із тим, усе ще не є достатньо дослідженою роль освіченого абсолютизму та дуалістичної монархії в процесі побудови громадянського суспільства та правової держави, позитивних рис впливу вказаних форм правління на реформування деяких недоліків життя сучасного суспільства, гарантування та захист прав індивідів. Отже ця праця ставить перед собою наступні завдання та цілі: а) дослідити особливості освіченого абсолютизму та дуалістичної монархії, які здатні подолати недоліки сучасної республіканської форми державної організації із демократичним устроєм; б) дослідити співвідношення та взаємодію освіченого абсолютизму і дуалістичної монархії в умовах практичної реалізації ідеї розбудови правової держави; в) визначити базові засади функціонування означених форм правління тощо.

Під громадянським суспільством прийнято розуміти спільність вільних, рівноправних, високоморальних індивідів, що беруть активну участь у політичному житті, формуванні державної політики, вільні у виборі світогляду і політичних переконань. Деякі дослідники виділяють такі ознаки громадянського суспільства: а) високий рівень загальної і правової культури народу; б) реалізація індивідами інтересів і потреб шляхом створення незалежних релігійних, громадських та ін. об'єднань; в) рівноправність держави і людини, що ґрунтується на праві і розумних межах свободи; г) здатність народу впливати на управління державою; д) рівність форм власності; е) ідеологічний плюралізм та ін. [23].

Громадянське суспільство є надзвичайно тісно спорідненим із правовою державою, тобто єдністю території, народу, влади, в основі котрої лежить право. Виділяють такі ознаки правової держави: а) зв'язок державної влади з правом та його панування в усіх сферах суспільного життя; б) відповідність закону правовим підвалинам суспільства; в) законодавче закріплення та реальне забезпечення основних прав людини; г) реалізація принципу Ш.Л. Монтеск'є щодо розподілу влад; д) легальний шлях прийняття

законів та інших нормативно-правових актів, а також наявність ефективного механізму нагляду за їх дотриманням; е) взаємна відповідальність особи та держави та ін. [21, 94-95].

Вітчизняний дослідник В.В. Копейчиков визначив основні засади взаємозв'язку цього на сучасному етапі: а) громадянське суспільство виступає основою і змістом держави; б) громадянське суспільство виникає за умови рівноправних партнерських стосунків між державою і громадянином або підданим; в) право формується громадянським суспільством, а правова держава лише закріплює його законами та захищає; г) взаємовідносини громадянського суспільства і правової держави базуються на основі права, що є справедливим масштабом свободи тощо [21, 29].

Тим не менше, вказані засади життя суспільства є можливими лише за умови збереження владою важелів впливу та можливості захисту законних прав та інтересів. У той же час, будь-яка держава має в своїй серцевині певні елементи (таємна поліція, спецслужби), саме існування яких може бути виправдане тільки надзвичайними обставинами, а за мирних часів вони відверто суперечать принципам демократії, обмежують її. Способом забезпечення гармонії держави, влади і суспільства ліберали вважають право [19].

З іншого боку, за умови недостатнього рівня правової культури соціум навряд чи здатен самостійно зорганізуватися у громадянське суспільство. Більше того, за вказаних умов демократії та республіканській формі правління можуть бути притаманними вагомими недоліки: а) складності управління державою народом; б) послаблення впливу апарату примусу і санкцій правових норм та погіршення правопорядку в державі; в) "швидкоплинність" і незацікавленість влади в результатах своєї діяльності, неможливість доведення нею до логічного завершення розпочатих програм та відсутність стабільності в суспільстві; г) надмірна демократизація і гуманізація, що призводить до охлократії чи анархії і падіння морального рівня народу внаслідок нехтування змістом соціальних норм, до розповсюдження загальнонаціонального лиха (СНІД, наркоманія); д) часто влада в республіці обіймається недостойними особами тощо [24, 17-20]. Крім того, професори В.А. Бачинін, В.С. Журавський, М.І. Панов зазначають, що для республіканської правосвідомості є характерний дефіцит почуття відповідальності за свої діяння [25, 427].

Недоліки життя суспільства можуть загострюватися й під впливом соціальних (правові відносини, правова свідомість) та юридичних джерел права, адже другі формуються на основі перших. Разом із тим, Монтеск'є вважав, що законодавство залежить насамперед від форми правління. У цьому контексті монархічна влада здатна протиставити республіканській низку переваг: а) належність влади монарху сприяє стабільності в суспільстві; б) монарх з народження має кращу (ніж президент) можливість отримати необхідну освіту; в) основою влади в монархії виступає честь (думка Монтеск'є), що сприяє моральності та культурі всього суспільства; г) монарх зацікавлений у результатах своєї діяльності; д) монарх є символом держави та взірцем для підданих; е) тривалість існування монархічної форми правління сприяла її сучасній "очищеності" від нецивілізованих пережитків; є) належність значних повноважень одній особі може сприяти зменшенню бюрократизму та ефективнішому управлінню; ж) монархізм сприяє єдності суспільства; з) аристократія є вірною підтримкою монарха тощо [20].

Разом із тим, очевидно, що політичні права є необхідними народу для гарантування та забезпечення його економічних, соціальних, культурних та ін. прав. Вітчизняні дослідники [26; 23; 24] виділяють специфічний різновид авторитаризму – т.з. "авторитарну демократію", котра здатна носити позитивний для суспільства характер у випадках: а) нездатності влади ефективно управляти державою; б) загрози його існуванню; в) тяжкого впливу глобальних проблем сучасності та ін. Разом із тим, не варто ототожнювати політичний і державний режими: перший характеризує передусім міру свободи суспільства й індивіда в політичному аспекті, а останній має на увазі всі сфери суспільного життя (ідеологічну, політичну, економічну, правову, соціальну та ін.). Отже, у разі існування авторитарного політичного режиму (авторитарної демократії, авторитарного режиму з моральними та правовими засадами), людина дещо утискається у питаннях політики, хоча її права в інших сферах можуть бути досить широкими та забезпечуватися державою. Авторитарний же державний режим передбачає нехтування всіма інтересами суспільного життя, що надає йому негативного забарвлення. Таким чином, авторитарний політичний режим (авторитарна демократія) може носити характер "піклування" за народом, шляхом обмеження деяких політичних прав останнього шляхетною та компетентною владою з метою забезпечення економічних, соціальних, культурних та інших прав громадян чи підданих.

Найкраще реалізувати зазначені положення, на нашу думку, здатен освічений абсолютизм, що пояснюється такими його рисами: а) достойністю монарха (розумом, компетентністю, честю); б) акумуляцією освіченим абсолютизмом найбільш позитивних рис монархічної форми правління; в) належністю достатнього обсягу повноважень достойній та зацікавленій особі; г) прогресивною стабільністю суспільства; д) залученням фахівців до управління державою; е) наявністю їхньої персоналізованої відповідальності перед Його Величністю тощо.

Разом із тим, очевидно, що кожен монарх не може володіти однаковими позитивними якостями. У цьому контексті, з метою унеможливлення шкідливої узурпації влади королем, мінімум та максимум його повноважень мають бути законодавчо визначеними. Конкретна компетенція того чи іншого правителя має вирішуватися парламентом, що й створює необхідність дуалістичності монархії. Ймовірно, доцільнішим є двопалатний представницький орган, при чому посада у верхній його палаті має спадкуватися дворянами, що мають відповідну освіту та хист до управління державою, що забезпечуватиме: а) підвищення ролі інтелігенції в управлінні державою; б) представництво інтересів кожного регіону; в) наявність професійності у колі законодавців. Законодавчі повноваження мають належати й нижній палаті, котра має формуватися за професійною ознакою народом за допомогою пропорційної виборчої системи (наявність освіти у поєднанні із представництвом інтересів усіх суб'єктів політичної системи суспільства, безперечно, сприятиме консолідації), яка визнається пріоритетною М.М. Коркуновим [27].

Фактично, дуалістична монархія є перехідним етапом у житті суспільства від абсолютизму до парламентської монархії і тлумачиться вітчизняними дослідниками як різновид конституційної монархії [16, 759].

Таким чином, з метою побудови громадянського суспільства та правової держави, освічений абсолютизм і дуалістична монархія повинні функціонувати на засадах: а) верховенства права; б) концентрації влади у межах, визначених законом, та ефективного функціонування механізму стримувань та противаг; в) розподілу влад; г) доцільності і справедливості при здійсненні регулятивних і правоохоронних функцій; д) формування кожної владної інституції за професійною ознакою; е) підвищення ролі інтелігенції у житті суспільства; є) вірності монарха і дворянства інтересам народу та відданості останнього своєму королю; ж) гарантованості особистих прав і свобод усіх індивідів; з) фактичного делегування народом своїх політичних прав достойній владі; и) утворення професійної армії та ефективних правоохоронних структур з метою захисту законних прав держави, суспільства та кожного підданого.

Перспективними напрямками подальшої розробки цієї проблематики нам видаються дослідження: а) європейського досвіду державотворення доби Нового часу; б) філософсько-правової думки мислителів тих же регіону і доби; в) співвідношення елементів форми держави, насамперед форми правління та форми державно-політичного режиму тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аристотель. Политика; Афинская полиция. – М.: Мысль, 1997. – 458 с.
2. Полибий. Всеобщая История: В 40 кн. – СПб.: Наука, 1994. – Т.3. – 348 с.
3. Цицерон. Диалоги. О государстве. О законах – М.: Ладомир, 1994. – 223 с.
4. Платон. Государство. Законы. Политик. – М.: Мысль, 1998. – 789 с.
5. Локк Дж. О государственном правлении. Избранные философские произведения. – М., 1960. – 734 с.
6. Монтескье Ш.Л. О духе законов. – М.: Мысль, 1999. – 672 с.
7. Кант И. Сочинения: В 6 т. – М.: ЧОРО, 1994.
8. Гроций Г. О праве войны и мира. – М.: Ладомир, 1994. – 868 с.
9. Гоббс Т. Левіфан, або Суть, будова і повноваження держави церковної та цивільної. – К.: Дух і Літера, 2000. – 600 с.
10. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. – М.: Канон – прес – Ц, 1998. – 416 с.
11. Гегель Г.-В.-Ф. Основы философии права. – М.: Мысль, 1990. – 526 с.
12. Кистяковский Б.А. Государство правовое и социалистическое // Вопросы философии. – 1990. – № 6. – С. 141–159.
13. Тимошенко В.І. Абсолютизм // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1998. – Т. 1. – С. 10-11.
14. Тимошенко В.І. Освічений абсолютизм // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2002. – Т. 4. – С. 329.
15. Шаповал В.М. Дуалістична монархія // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1999. – Т. 2. – С. 308-309.

16. Шаповал В.М. Монархія конституційна // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. – Т. 3. – С. 758-759.
17. Шаповал В.М. Монархія парламентарна // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. – Т. 3. – С. 759.
18. Дубина О.К. Монархія // Юридична енциклопедія. – К.: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. – Т. 3. – С. 758.
19. Мойсієнко В.М. Проблема правової держави у ліберальній концепції Б.О. Кістяківського // Вісник Черкаського університету. Серія Історичні науки. – 2004. – Вип.61. – С. 66–72; Ліберальна концепція держави Максима Ковалевського // Політичний менеджмент. – 2004. – №1. – С. 144–152.
20. Джолос С.В. Роль монархії у побудові громадянського суспільства // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції “Наука і життя: українські тенденції, інтеграція у світову наукову думку”. – К., 2005.
21. Копейчиков В.В. Загальна теорія держави і права. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – 317 с.
22. Загальна теорія держави і права / За ред. Цвіка М.В. – Харків: Право, 2002. – 432 с.
23. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.
24. Джолос С.В. Слабкість демократії на пострадянському просторі // Матеріали I Міжнародної науково-практичної конференції “Науковий потенціал світу 2004”. – Дніпропетровськ: Наука і освіта, 2004. – С. 50.
25. Бачинін В.А., Журавський В.С., Панов М.І. Філософія права. – К.: Ін Юре, 2003. – 468 с.
26. Сухонос В.В. Сутність та функції авторитарного державного режиму в умовах переходу до демократії: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.10: НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького – К., 2000. – 20 с.
27. Коркунов Н.М. Пропорциональные выборы. – СПб.: Тип-я М.М. Стасюлевича, 1896.

УДК 94:[325.325:346.232]

УДАЛЕНИЕ КРЕСТЬЯН ИЗ ОБЩЕСТВА КАК ФУНКЦИЯ ОРГАНОВ СЕЛЬСКОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Лохматова А.И., к.и.н., доцент

Запорожский национальный университет

В статье рассматривается такая функция органов сельского самоуправления, как удаление из общества «порочных членов» и передача их «в распоряжение правительства». Раскрывается механизм изгнания крестьян из общины и законодательная база действия этого механизма.

Ключевые слова: органы сельского самоуправления, полная прописка, сельское общество, «порочные члены в распоряжении правительства».

Лохматова А.І. ВИГНАННЯ СЕЛЯН ІЗ ГРОМАДИ ЯК ФУНКЦІЯ ОРГАНІВ СЕЛЯНСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ / Запорізький національний університет, Україна

У статті розглядається така функція органів селянського самоврядування, як вислання з громади «порочних членів» і передача їх «у розпорядження уряду». Розкривається механізм вигнання селян із общини і законодавча база дії цього механізму.

Ключові слова: органи селянського самоврядування, повна прописка, селянське суспільство, «порочні члени у розпорядженні уряду».

Lokhmatova A.I. THE EXILE OF PEASANTS FROM THE COMMUNITY AS FUNCTION OF BODIES OF RURAL SELF-MANAGEMENT / Zaporizhzhya National University, Ukraine

Such function of the rural self-management bodies as the exile of "vicious members" from the community and their transfer at "disposal of the government" is regarded at the article. The mechanism of exile of peasants from the community and the legislative base of action of this mechanism are revealed.

Key words: organs of rural self-government, complete registration, rural society, «vicious members at disposal of government».

Предусмотренную манифестом 19 февраля 1861 г. систему так называемого общественного крестьянского самоуправления в виде сельского и волостного управления, с определенной долей условностей можно рассматривать как образец местного крестьянского самоуправления. По сути, пореформенная община, наделенная правом решать многие вопросы внутриобщинной жизни, выступала своеобразным саморегулируемым социальным организмом [1, 7]. К важным прерогативам сельской общины нужно отнести прием в общество новых членов и удаление из него, исключение „порочных” членов “из своей среды” и предоставление их, по приговору общества, «в распоряжение правительства». Этих функций общины мало касались исследователи дореволюционного периода. И их практически совсем не рассматривали в советской и постсоветской литературе.

Чем было членство крестьян в обществе, или что значила для крестьян приписка к сельским обществам и общинам? Согласно пореформенному законодательству приписными к сельскому обществу считались крестьяне мужского пола, которые по X ревизии (1858 г.) были записаны за конкретным поселением. Приписка к сельскому обществу гарантировала крестьянину прежде всего право на оседлость. Что же касается права на землю, то его крестьянин мог иметь или не иметь. Это зависело от того, какая прописка – полная или неполная (административная) – у него была. Так как приписным к административно-территориальной единице (волости, сельскому обществу) в Российской империи могло стать любое гражданское лицо, Правительствующий Сенат специальным указом разъяснил различие между этими видами приписки. Полную приписку с наделением землей и другими угодьями предоставлял только «приговор» сельского схода крестьян конкретной общины. Каждому крестьянину (мужского пола), имевшему такую прописку в общине, гражданское законодательство гарантировало долю мирской земли при первом же переделе. При этом земля находилась в пользовании крестьянина до его смерти без всякого ограничения.

Итак, чтобы стать членом общины, крестьянину нужно было в ней родиться или получить разрешение общины на полную прописку. Что же касается увольнения крестьянина из общины, то и для этого, помимо желания крестьянина, нужно было разрешение общины. А вот исключить крестьянина из общины сельский сход мог и помимо его воли, ибо право удалять из общества «вредных и порочных членов его» было, как об этом уже говорилось, в ведении сельского общества. Полицейский характер этой прерогативы очевиден, хотя было бы неверно отрицать и ее общественно-нравственную функцию. Ведь наиболее часто встречалось принудительное удаление миром членов общины за воровство, реже – за пьянство – явления, которые под влиянием различных причин росли и ширились в пореформенной деревне. В вопросе же пресечения нарушений общественного порядка крестьянский мир наделялся весьма большими полномочиями. Здесь карательные функции общины – вне всякого сомнения. Однако справедливым будет сказать и то, что община же могла защитить своего члена, отстоять его интересы, наконец, взять его на поруки.

К примеру, сельский сход мог взять на поруки своего однообщинника, если тот, вступив в конфликт с законом, пребывал под стражей. Сельское общество могло защитить своего односельчанина и тогда, когда его «безвинно и без никакого доказательства» обвиняли в краже. Общество в этом случае могло представить и доказательства, и свидетелей, которые подтверждали бы, что вещи были приобретены крестьянином по случаю и вполне законно. Но общество же могло и отказать осужденному крестьянину, отбывшему срок наказания, в принятии «в свою среду». В таком случае приговор общества гласил, что «по выходе с арестантского отделения» крестьянин «должен находиться в распоряжении правительства, к отсылке в Сибирь на поселение». При этом общество безропотно принимало на себя обязательство платить за оставшийся после изгнания из общины крестьянина надел земли «все казенные, земские и мирские денежные повинности без недоимочно...» [2; д.4; л.л. 157-158, 161 об.-162, 170 об.-173, 183 об.-184]. Если у изгнанного из общества крестьянина оставались малолетние дети, то сельский сход избирал им опекуна, которому предоставлял «право следить за сиротским имуществом как за собственным наделом земли, отдавать в арендное содержание с публичного торга, а получаемые деньги сдавать в сберегательную кассу...» [2; д.7; л.73, 74 об.].

Каким образом, на какой законодательной базе сельское общество без желания на то крестьянина могло не только изгнать его из общества, но и отправить «в места, не столь отдаленные»? Следует отметить, что еще в «Своде законов Российской империи повелением Государя императора Николая I составленного», в разделе III «О предупреждении и пресечении порочного и развратного поведения» сказано: «Мирским обществам дозволяется представлять сельских обывателей и сельских обывательниц дурного поведения в распоряжение правительства». Лица же, передаваемые в распоряжение правительства, говорилось в Законе, «высылаются прямо в Сибирь» [3, 205]. В пореформенный период к удалению неугодных крестьян из общины, как способу решения своих проблем, могли прибегать как помещики, так и сами крестьяне [4].

Механизм удаления крестьян из сельского общества по инициативе мира был довольно полно разработан законодательно. Однако определенные нюансы данной процедуры порождали вопросы в крестьянской среде. Одним из вопросов, который неоднократно возникал в первые пореформенные годы, был вопрос о

том, на чьи средства должно совершаться переселение. Отвечая на него, Главный Комитет об устройстве сельского состояния определил следующее. При удалении из общества временнообязанных крестьян по мирским приговорам, независимо от того, составлялся ли приговор «по непосредственному усмотрению общества» или же вследствие предложения помещика (согласно ст.158 Общего положения о крестьянах), издержки «на снабжение удаляемого одеждою и кормовыми деньгами на все время следования его до места назначения» относились на счет самих обществ, которые обязывались «заплатить в сем случае и все числящиеся на удаленных крестьянах недоимки». Если же удаление производилось на основании этой же статьи, но без мирского приговора, а «вследствие просьбы помещика по рассмотрении оной в уездном мировом съезде и с разрешения Губернского Присутствия», то все издержки «на снабжение удаляемого одеждою и кормовыми деньгами» относились на счет помещика, который был обязан «заявлять о готовности принять на свой счет упомянутые издержки в своих прошениях об удалении крестьян из общества, без чего и самые прошения не должны быть принимаемы к рассмотрению». И, наконец, все издержки по переселению временнообязанных крестьян, «опороченных судебными приговорами и которых общество не пожелает принять в свою среду, должны быть относимы на счет казны» [5; д.16; л.3-4 об.].

Вышеперечисленные условия подтверждались и в редакции статей Свода Законов, «относящихся до порядка представления в распоряжение правительства порочных людей их обществами», о чем сообщалось в Указе Правительствующего Сената от 5 июля 1865 г. Так, статья 620 данной редакции статей Свода законов определяла, что крестьяне, переселяемые в отдаленные губернии, препровождаются в назначенные места «через этапы» и снабжаются «кормовыми деньгами» по уставу о ссыльных и «приличною одеждою» на счет их сельских обществ, которые были обязаны заплатить и числящиеся на них недоимки [6; д.51; л.28 об.].

Таким образом, приговор об отправке удаляемого из общества крестьянина в Сибирь – дело не только хлопотное, но и дорогостоящее для общества (или помещика, если инициатива была его). Ведь мир, согласно законодательству, брал на себя и материальное обеспечение переселения изгоя, и уплату всех его недоимок, а также и будущих платежей с его надела, если он у удаляемого был. Это условие значительно снижало карательные настроения в общине, и потому иногда общественной мерой пресечения проступков бывал деревенский самосуд. Правда, была еще одна причина, почему общество терпело в своей среде «порочных однообщинников». Этой причиной был страх, боязнь мести со стороны удаляемого. Архивные документы свидетельствуют, что опасения крестьян были не напрасными, а угрозы удаляемых – вполне реальными. Можно также сослаться на составленное одним из земских начальников «Руководство для сельских старост», которое представляет собой «Собрание узаконений и распоряжений правительства, относящихся к сельскому общественному управлению». Вредные и порочные члены сельских обществ, которые общественными приговорами назначены будут к удалению из обществ, записано в указанном «Руководстве», «в предупреждение вреда, какой они могли бы нанести своим односельцам, из мести, могут быть, если представится в том необходимость, содержимы под стражею при сельском или волостном управлениях, а в случае покушения на побег, отправляемы, с разрешения мирового посредника, (земского начальника) в ближайшую городскую тюрьму» [7; 8].

Но чаще все же общества решали конфликты более «цивилизованно» – удаляли из общества, в распоряжение правительства, не настаивая на отправлении в Сибирь. Данная процедура удаления своим механизмом значительно отличалась от процедуры ссылки. В уже упоминаемом Указе Правительствующего Сената от 5 июля 1865 г. говорилось о следующих правилах: городские и сельские общества, при исключении из среды своей «принадлежащих к ним порочных людей, достигших совершеннолетия», могут составлять, в определенном законами порядке, приговоры «**только о передаче таких людей в распоряжение правительства**, с предоставлением их для сего в местное губернское правление». Губернское же правление всех представленных ему людей должно было снабдить шестимесячными билетами «для приискания, в расстоянии от прежнего места жительства не менее 60-ти верст, нового общества, согласного на их принятие». По истечении же 6-ти месячного срока «означенные люди немедленно выссылаются в те уезды, где они изъявят желание приписаться и из коих предъявят согласия общества на их принятие». Семейства же их могли оставаться в продолжение 6 месяцев на прежнем месте жительства для необходимых при переселении хозяйственных распоряжений. Те же крестьяне, которые не смогли представить в течение полугодия приемного от нового общества приговора, переселялись по распоряжению губернского правления в отдаленные губернии. Аналогичными были меры и по отношению к тем «из числа совершеннолетних, от принятия коих общества откажутся и которые оставлены по суду в подзрении по преступлениям и проступкам, влекущим за собою лишение всех прав состояния, или же лишение всех особых лично и по состоянию присвоенных прав и преимуществ», а также по отношению к тем, «которым по действовавшем донныне постановлениям, определено было отдавать за порочное поведение в солдаты или назначать на водворение в Сибири или в других, по распоряжению начальства, отдаленных губерниях» [6; д.51; л.26].

Важно подчеркнуть, что на удаляемых из обществ по мирским приговорам распространялись законы о предоставлении земель переселенцам. Лицам, переселенным в отдаленные губернии, «если они

одобрены в поведении» и пробыли пять лет в местах переселения, разрешалось переходить в другие общества и губернии, за исключением только тех, из которых они были удалены. Любопытна также статья 866 редакции статей Свода Законов о предоставлении в распоряжение правительства порочных людей их обществ, которая подчеркивала, что «лица, представляемые в распоряжение правительства по приговорам их обществ, в случае переселения их в Сибирь в порядке административном (ст.11 уст. О ссыльных), **не лишаются Всемилостивейше пожалованных им знаков отличия**; но знаки сии отбираются от них и вручаются им по прибытии в места назначения, порядком, в уставе о ссылках определенных» [6; д.51; л.27].

Статья 574 обращала внимание на то, что «общество не может представлять в распоряжение правительства мещан моложе 21 года и старше 60-ти лет, также дряхлых, увечных и одержимых одной из болезней, поименованных в статьях 108 и 252 устава о ссыльных». При этом в примечании подчеркивалось, что «правило, содержащееся в сей статье, должно быть применимо ко всем вообще лицам, представляемым в распоряжение правительства, и ни городские, ни сельские общества не могут ни отдавать в распоряжение правительства, ни отказываться от принятия, после суда или наказания, лиц несовершеннолетних, а также тех, которым минуло 60 лет, или которые одержимы одной из болезней...» [6; д.51; л.28].

Приговоры мирских обществ о предоставлении в распоряжение правительства за дурное поведение крестьянок составлялись точно также, как и о мужчинах. Об этом говорилось в статье 648.

Итак, чтобы предоставить «порочных крестьян в распоряжение правительства», в обществах прежде всего должен быть «постановляем на сельских сходах» приговор, «с соблюдением указанных для сих случаев формальностей, не менее как двумя третями всех крестьян, имеющих право голоса, и утверждаем, по представлению мирового посредника, губернским по крестьянским делам присутствием» [6; д.51; л.31]. В тех обществах, где крестьян насчитывалось «менее трехсот душ», составленные приговоры предварительно выносились на утверждение волостных сходов и только по утверждению ими представлялись мировым посредникам для дальнейшего их направления. Приговоры, которые не были утверждены по каким-либо причинам на волостных сходах, оставались «без действия».

Особая роль отводилась законом волостному правлению, которое должно было рассмотреть представляемый от сельского старосты приговор сельского схода «о передаче распутных и вредных обществу крестьян в распоряжение правительства» и дать «дальнейшее движение сим делам представлением приговоров чиновнику особых при палатах Государственных Имуществ поручений или окружному начальнику (где таковые находятся) при своем заключении». Если волостное правление находило «по дошедшим сведениям или жалобам», что приговор несправедлив, то об этом оно также должно было доложить начальству.

Палата Государственных Имуществ, получив приговор о предоставлении «неисправившихся крестьян в распоряжение правительства» и убедившись, что узаконенный порядок соблюден, согласно статье 1396, представляла все документы, в том числе и подлинный приговор общества, вместе «с мнением своим» начальнику губернии. По поступающим в губернские правления приговорам городских и сельских обществ о предоставлении вредных и порочных людей в распоряжение правительства, губернаторы, согласно ст.414, должны были требовать, «от кого следует», «по установленным правилам», чтобы при удовлетворении на законном основании этих приговоров или просьб, были в то же время «исполняемы все условия и принимаемы все предосторожности, указываемые особыми для таких дел и распоряжений постановлениями». При этом губернаторы должны были тщательно рассматривать, правильно ли составлены поступающие к ним из установленных местоблагоденственных приговоры о предоставлении обществами в распоряжение правительства мещан и крестьян за порочное поведение (ст.492).

Предусматривались в редакции статей Свода Законов и всевозможные пособия и льготы лицам, которых общества передавали в распоряжение правительства. Так, в статье 623 оговаривалось, что переселяемые на основании предыдущих статей государственные крестьяне освобождались «в течение трех лет, считая с 1 января следующего за перечислением года, от всяких податей, денежных и натуральных повинностей, кроме частных относящихся до земель, если таковые переселенцам будут отведены, а также от взноса в запасные магазины хлеба». Освобождались они и от военного постоя в течение 6 лет. А также обеспечивались «отпуском заимообразно хлеба из запасных магазинов той волости, в которой они водворяются, на посев и продовольствие до первого урожая, с обязанностью возвратить оный в течение трех лет» [6; д.51; л.31].

Очевидно, само правительство считало проблему удаления «порочных членов» сельскими общинами достаточно серьезной, поэтому снова и снова уточняло те или иные детали в ее решении. Так, должно быть, нередкими были случаи, когда общества, составив приговор об увольнении своих однообщинников, затем в силу каких-то обстоятельств, пересматривало свою позицию и составляло приговор противоположного содержания. Подобная ситуация не была обойдена вниманием правительства. 18 ноября 1871 г. Таврическое Губернское по Крестьянским делам Присутствие

разослало мировым съездам, мировым посредникам и волостным правлениям “для надлежащего руководства и исполнения” копию указа Правительствующего Сената от 4 ноября “по вопросу о том, какое значение могут иметь приговоры сельских и мещанских обществ, составленные в отмену подобных же приговоров сих обществ о непринятии в их среду, или представление в распоряжение правительства лиц порочного поведения...” [5; д.203; л.94]. Данный указ вновь подтвердил, что обществам мещан и крестьян предоставлено право «как удалять по собственному желанию из среды своей порочных лиц, так и отказываться от принятия таких, которые предоставлены на волю обществ решением судебного места», но, подчеркивалось в указе, «**приговоры обществ** и в том и в другом случае, по соблюдении установленных в законе правил и по утверждении их подлежащим присутственным местом, входят в законную силу и **могут быть отменены лишь Правительствующим Сенатом**». Таким образом, объяснялось в указе, если об удалении кого-либо из членов мещанского или крестьянского общества состоялся приговор в установленном порядке «и притом, – относительно представляемых на волю общества по судебным приговорам, – в установленный для сего срок», то приговоры эти «никоим образом не могут подлежать отмене со стороны тех же обществ», и если со стороны обществ последуют новые приговоры, противоположные первым, то эти новые приговоры могут иметь значение «только в том отношении, когда они будут служить доказательством неправильного составления первых». Ввиду этого, говорилось в указе, при получении подобных заявлений со стороны обществ, Губернское Правление или Присутствие должно лишь «произвести исследование о том, почему первый приговор был составлен вопреки воле общества...» [5; д.7; л.96].

Очевидно также и стремление правительства оградить от огульного исключения из сельских обществ всех тех, кто в силу определенных обстоятельств оказался вне общества. Так, в предписании министра Внутренних Дел от 7 июня 1867 г. указывалось, что “надежда арестантов на возвращение на родину есть одно из важных условий, влияющих на нравственное исправление их”, и потому возвращение людей, “отличившихся безукоризненным поведением и усердием к труду”, в прежние их общества, было бы “весьма желательно”. В связи с этим мировым посредникам предписывалось “принять живейшее участие в этом деле и разъяснить обществам цель, к которой стремится правительство”, наблюдая при этом, чтобы при составлении приговоров об исключении людей из общества были соблюдены “строгая справедливость и беспристрастие” и чтобы в решении этих дел, на основании 54 ст.пункта 5 Общего Положения, участвовало не менее 2/3 всех крестьян, имеющих голос на сходе [8; д.9; л.78].

Как видим, сельские общества обладали правом распоряжаться судьбой своих общинников. И общества пользовались этим правом. Однако нужно отдать крестьянам должное: в большинстве своем этим правом они не злоупотребляли. Да и законодатель был в меру осторожен при введении этого карательного средства и в предоставлении миру такого права. Поэтому для удаления «порочных» членов и передачи их «в распоряжение правительства» требовалось квалифицированное большинство на сходе. Но и это вовсе не означало, что решение схода непременно воплотится в жизнь. Иногда сельские общества в течение нескольких лет пытались избавиться от своих нежелательных сожителей, не достигая при этом цели.

В заключение следует сказать, что удаляя своего «порочного члена» из общества и «предавая его в распоряжение правительства», крестьяне не очень печалились о его судьбе, хотя и знали, что отдать в распоряжение правительства – равносильно тому, что сослать в Сибирь. Между тем, в Сибирь, на вечное поселение ссылался, писал Н.Ядринец в «Исторических очерках русской ссылки», «как закоренелый вор, попавшийся несколько раз, так и ничтожный бродяга за беспаспортность, как преступник за нанесение ран и увечья, так и несчастный недоимщик. Ссылка применяется не только как наказание, но и как предупредительная мера для лиц подозрительных, не только как суровая расправа, но и как полицейская мера... Характер ссылки на поселение, т.е. ссылки с лишением прав, с вечным пребыванием в Сибири, – наказание, созданное для важных преступников, ни мало не изменяется для маловажных и применяется с тою же строгостью» [9, 239]. Охватывая почти все категории преступлений, ссылка делалась, таким образом, «общеем панацеею от всех болезней, и экономическим средством, заменявшим как краткосрочные, так и долгосрочные тюрьмы, полицейские наказания, надзор полиции за лицами подозрительными и сотни других наказаний» [9, 239].

Об этих сторонах «удаления из общества» крестьяне не знали да и не хотели знать. По мере падения нравов в крестьянской среде, увеличения краж, особенно лошадей, и уменьшения земельных наделов при быстро увеличивающемся сельском населении, крестьяне все чаще прибегали к своему праву удалять из общества «порочных» своих членов. Очевидно, излишнее рвение сельских обществ в желании очистить свои селения от неугодных односельчан, привело к тому, что 10 июня 1900 г. было Высочайше утверждено мнение Государственного Совета об ограничении права крестьянских обществ предоставлять в распоряжение правительства своих порочных однообщинников. В действие оно вступило с 1 января 1901 г.

ЛИТЕРАТУРА

1. Кучумова Л.И. Сельская община в России (вторая половина XIX в.). – М., 1992.

2. ГАЗО. – Ф.95. – Оп.1.
3. Свод законов Российской Империи повелением Государя императора Николая I составленный. – СПб., 1890. – Т.14.
4. О том, как избавлялись от неугодных крестьян помещики в дореформенный период, довольно полно изложено в работе И.И. Игнатович (Игнатович И.И. Помещичьи крестьяне накануне освобождения. – М., 1910. – С.30-32). Что же касается пореформенных лет, то справедливости ради, нужно отметить, что в изученных нами фондах не встретились материалы об удалении в распоряжение правительства крестьян по инициативе помещиков.
5. ГАЗО. – Ф.97. – Оп.1.
6. ГААРК. – Ф.2. – Оп.1.
7. Пинкорнелли И.П. Руководство для сельских старост. Собрание узаконений и распоряжений правительства, относящихся к сельскому общественному управлению. – Изд. 3-е, исправл. и дополн. – Хорол, 1896.
8. ГААРК. – Ф.729. – Оп.1.
9. Ядринец Н. Исторические очерки русской ссылки // Дело. – 1870. – № 10.

УДК 340.13

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ АНАЛОГІЇ ТА ТЛУМАЧЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

Шмаленя С.В., аспірант

Запорізький національний університет

Стаття розкриває питання співвідношення аналогії та поширювального тлумачення нормативно-правових актів, проблеми їх розмежування в правозастосовчій діяльності. Автор досліджує подібні риси вказаних інститутів, а також їх принципів відмінність, значення тлумачення при вирішенні справ про спірні відносини, не врегульовані в законодавстві.

Ключові слова: прогалина в праві, аналогія, поширювальне тлумачення, «буква» закону, «смісл» закону.

Шмаленя С.В. ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ АНАЛОГИИ И ТОЛКОВАНИЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫХ АКТОВ / Запорожский национальный университет, Украина

Статья раскрывает вопросы соотношения аналогии и расширительного толкования нормативно-правовых актов, проблемы их разграничения в правотворческой деятельности. Автор исследует сходные черты указанных институтов, а также их принципиальное различие, значение толкования при решении дел о спорных отношениях, не урегулированных в законодательстве.

Ключевые слова: прогел в праве, аналогия, расширительное толкование, «буква» закона, «смысл» закона.

Shmalenya S.V. PROBLEMS OF DIFFERENTIATION OF ANALOGY AND INTERPRETATION OF NORMATIVE-LEGAL ACT / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article deals with the correlation of analogy and broadened commentary of normative-legal act, problems of their differentiation in legal activity. The author analyses similarity of those institutions and also their attached distinction, the meaning of interpretation while solving the cases, based on debatable relations, which are not mentioned in legislation.

Key words: gap in law, analogy, broadened commentary, letter of the law, meaning of the law.

Часом на практиці особами, які застосовують право, помилково робиться спроба вирішити спірні питання, не врегульовані в законодавчому порядку, шляхом поширювального тлумачення норм того інституту (галузі) права, до якого вони належать, або ж провадиться вирішення справи на підставі аналогії у тому випадку, коли необхідним та достатнім є поширювальне тлумачення закону. Має місце змішування інституту аналогії з поширювальним тлумаченням нормативно-правових актів. Справді, вирішення справ за аналогією зовні має деяку схожість з поширювальним тлумаченням. Однак відмінність між ними носить принциповий характер. Для правильного застосування чинного законодавства та усунення помилок при вирішенні справ зі спірних питань за відсутності їх правового врегулювання необхідне точне встановлення різниці між аналогією та поширювальним тлумаченням. Завуальована підміна поширювальним тлумаченням аналогії закону в деяких галузях права, особливо пов'язаних з притягненням особи до юридичної відповідальності, неприпустима, оскільки адекватне

тлумачення норм права і дотримання прав і законних інтересів громадян завжди тісно між собою пов'язані.

Актуальність зазначеної проблеми пояснюється тим, що тлумачення законів та застосування аналогії при вирішенні спірних відносин є одними з питань загальної теорії права, які мають безпосереднє відношення до практичної діяльності державних органів, громадських організацій та окремих громадян. Будь-яка правозастосовна діяльність нерозривно зв'язана з тлумаченням законів та інших нормативних актів, тобто визначенням їх точного смислу. Зацікавленість підвищується також прийняттям останнім часом цілого ряду нових законодавчих актів, правильне застосування яких немислиме без їх наукового обґрунтованого тлумачення, у світлі сучасних умов, на основі останніх досягнень науки.

Дослідженням питань тлумачення та аналогії присвячені праці таких радянських та вітчизняних науковців, як М. Авдюкова, В. Копейчикова, А. Боннера, А. Ерделевського, А. Черданцева, В. Шаповала, В. Костюка, П. Рабіновича. Безпосередньо дослідженням проблем розмежування тлумачення та аналогії займалися П. Недбайло, С. Алексєєв, А. Піголкін, В. Лазарєв, О. Капліна. Проте, незважаючи на це, рівень розроблення питань аналогії і тлумачення не можна визнати достатнім.

Метою дослідження є з'ясування суті поширювального тлумачення норм права в контексті відокремлення його від аналогії, розкриття проблеми співвідношення поширювального тлумачення і аналогії, їх критеріїв, аналіз спірних положень, пов'язаних із здійсненням поширювального тлумачення норм права.

Інститути аналогії і поширювального тлумачення мають багато спільних рис, проте, незважаючи на це, їх не можна ототожнювати, а тим більше, помилково підміняти. Будь-яка спроба ототожнення поширювального тлумачення і аналогії може привести до застосування в замаскованій формі, під виглядом поширювального тлумачення, аналогії закону, що є неприпустимим, а в тих галузях права, де аналогія повністю заборонена, особливо небезпечним.

Схожість поширювального тлумачення і аналогії виражається в наступному:

– Аналогія, і поширювальне тлумачення зумовлені об'єктивними причинами, мають місце там, де є «дефект» законодавства. Слід визнати, що характерною рисою сучасної системи права України є суттєві прогалини і протиріччя в діючому законодавстві, особливо у тому, яке регулює різноманітні економічні процеси, що здійснюються в суспільстві, соціальні права і свободи громадян тощо [1].

Дефекти законодавства України є поняттям доволі широким, при його конкретизації спільність аналогії і поширювального тлумачення переходить у відмінність.

Законодавець, видаючи закон, розраховує на його однакове (доки закон не змінено чи не скасовано) розуміння і застосування. Він завжди прагне викласти норми права стисло і лаконічно. Культура законотворчості неодмінно передбачає логічно послідовний виклад змісту закону, чітко витримані професійний стиль і мову закону і водночас його простоту, зрозумілість, доступність [2]. «Важко переоцінити значення логіки, стилю і мови закону, бо навряд чи можна назвати яку-небудь іншу сферу суспільної практики, де алогічно побудована фраза, розрив між думкою та її текстуальним виразом, невірною або недоречно використане слово здатні спричинити важкі, іноді трагічні наслідки, як у галузі законотворчості» [3]. У кримінальному судочинстві логічністю, точністю, чіткістю і ясністю закону визначаються адекватність тлумачення правових розпоряджень, повноцінне забезпечення прав і законних інтересів осіб, що залучаються в орбіту кримінального судочинства, процесуальна економія.

Необхідність у поширювальному тлумаченні викликається розбіжністю дійсного смислу норми права з її текстуальним виразом, яка пояснюється недоліками законодавчої техніки, що викликає недосконалість норм права (недостатньо чіткі формулювання, протиріччя), дефектами у викладі державної волі, неточністю, неясністю, умовчанням, помилками [4], а також загальним характером гіпотез багатьох норм, мобільністю відносин, врегульованих правом, коли розширюється коло випадків, передбачених гіпотезою норми, яка недостатньо враховує можливість появи нових фактів. Не можна не враховувати того безспірного факту, що не завжди «смісл» закону точно і ясно виражається в його «букві», єдність мови і мислення, слова і поняття не означає їх тотожності [5]. Поширювальне тлумачення також може мати місце у випадках «гнучкого регулювання» правових відносин, коли законодавець покладає на правозастосовця конкретизацію певних дій або відносин, що робиться шляхом введення оціночних понять або шляхом вказівки на обставини, які він повинен враховувати при винесенні рішення [6], викликається особливостями формулювання змісту норм права: їх коротким текстом і лаконічністю, використанням спеціальної термінології, визначення якої не наведено, застосуванням відсильних норм. Крім того, досить часто пропонуються формулювання узагальненого характеру, які мають, як правило, суто декларативний характер [7].

Необхідність у застосуванні аналогії викликається повною відсутністю правових норм, які б регулювали спірні суспільні відносини, тобто явною прогалиною в праві.

– Аналогія і поширювальне тлумачення спрямовані на усунення певної невідповідності між фактичними обставинами і правовою нормою. Але і тут схожість виявляється лише в основній спрямованості, конкретна ж спрямованість вказаних інститутів, навпаки, свідчить про їх розбіжність.

При тлумаченні має місце поширення певної правової норми або нормативно-правового акту на ті відносини, які прямо в них не вказані, але впливають саме з їх смислу. Тут відносини є врегульованими в нормі, хоча прямо про це в ній не говориться. Це означає, що смисл норми виявляється ширшим за її текстувальний вираз.

При аналогії має місце вирішення справи на підставі норм права, які регулюють подібні спірним відносини або загальних засад законодавства. У даних випадках на спірні відносини, не врегульовані законом, поширюється або дія інших норм права, які регулюють подібні відносини, але не передбачують їх, або висновок робиться зі смислу загальних засад певного інституту або галузі права чи законодавства в цілому.

– Ні поширювальне тлумачення, ні аналогія не спричиняють якої-небудь зміни в змісті об'єктивного права, не вносять та не можуть вносити поправок у діючі правові норми.

Так, А.С. Піголкін вважає, що «відносна самостійність та мінливість правової норми дозволяє у виключних випадках шляхом тлумачення пристосувати норму права до соціально-політичних умов, що змінилися, якщо це можливо в рамках законності» [8].

В. Костюк дотримується точки зору, що втілення теорії розподілу влад у Конституції України є додатковим аргументом того, що органи судової влади мають право бути суб'єктом нормотворчої діяльності в Україні. Про це свідчить і та обставина, що судові рішення, згідно зі ст.124 Конституції України, ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими на всій її території [9].

Однак є цілком очевидним, що тлумачення, яке змінює закон, – прерогатива законодавця, і тому при необхідності законодавець має його змінити [10].

Тлумачення зовсім не означає того, що його результати, погляди учених стають обов'язковою для виконання нормою. Воно є обов'язковим лише відносно тих питань, які були предметом розгляду. Його «нормативність» полягає в неодноразовості використання або можливості такого використання широким колом практичних працівників у процесі застосування правових норм [11].

В. Шаповал зазначає, що тлумачення не змінює змісту закону, а зберігає його. Закон не можна розглядати лише як явище загального і надпозитивного характеру: подібний підхід має право на існування, але він не може бути продуктивним з позицій створення правових реалій, до того ж застосування такого підходу може призвести не тільки до довільного тлумачення закону, а й до зміни юридичних оцінок дійсності оцінками, що ґрунтуються виключно на доцільності [12].

Офіційна інтерпретація законодавства є наступним після законотворчості етапом здійснення правової політики, об'єктом якого є текст права. Прогалиною в праві буде лише така невідповідність між волею законодавця та її словесним оформленням, коли жоден з прийомів тлумачення не дозволяє виявити її з усією докладністю і повнотою, необхідною для практичного вирішення.

Орган конституційної юрисдикції, здійснюючи інтерпретацію правового тексту, формально не творить нову норму, а обирає той смисловий варіант з-поміж існуючих, який принципово узгоджується із семантичним значенням тексту законодавця і відповідає пануючому в суспільстві «стратегічному» (а не кон'юнктурному) інтересу, юридично охороняючи його таким чином від неадекватних (з точки зору означеного інтересу) інтерпретацій та неправильного (знову ж таки з точки зору означеного інтересу) втілення в життя. Текст пропонується розглядати як «процесуальне», зовнішнє оформлення діючої в суспільстві, фактично панівної на даному історичному етапі регулятивної системи («фактичної конституції»), яка здатна зазнавати певних змін, пристосовуючись з метою захисту охоронюваного нею інтересу до змін у соціальній реальності, насамперед у змісті та впливовості інтересів різних суб'єктів суспільства [13].

Іншими словами, важливо зважати на буквально формулювання норми як на фундамент, точку відліку при правозастосуванні, але поряд із цим слід брати до уваги й модерністичні тенденції, які цей «фундамент» розвивають, проте за умови недопущення повної зміни його «конфігурації» [14].

– Схожість аналогії і поширювального тлумачення виявляється також у тому, що для заповнення прогалини або недостатньої визначеності в нормі права застосовуються однакові прийоми тлумачення. Вказані прийоми використовуються в певній послідовності та, як правило, комплексно. Однак залежно від особливостей формулювання, у яке втілена відповідна норма, на перший план звичайно висувається один чи декілька з таких прийомів.

Особі, яка застосовує правову норму, з метою точного встановлення її смислу, у процесі тлумачення необхідно немов би стати на місце особи або органу, який видав даний нормативний акт, проникнутися

його думками та поглядами на ті суспільні відносини, які регулюються актом, що піддається тлумаченню [15].

З метою встановлення смислу норми та вироблення відповідного висновку із загальних засад законодавства, тобто для з'ясування дійсної волі законодавця, правозастосовцем використовуються граматичні логічні, систематичні, історичні та інші прийоми. При цьому способи тлумачення є відносно самостійними, оскільки за певних умов їх аспекти можуть збігатися.

– На стадії тлумачення норми права та при застосуванні аналогії чималу роль відіграє правосвідомість та мораль.

– Як застосування аналогії, так і поширювальне тлумачення мають бути законними, обґрунтованими, аргументованими. Дотримання принципу законності зобов'язує особу, яка застосовує право, обґрунтувати свої висновки, що дозволить перевірити обґрунтованість і правомірність ухваленого рішення, переконатися у відсутності зловживань. Тлумачення норм і принципів права повинно бути повністю звільнено від будь-яких упереджень, інтересів тих чи інших кіл суспільства тощо, повинно бути зорієнтоване на об'єктивний, відповідний світовій практиці досвід.

– Обидва ці правові явища передбачають заснований на принципі законності творчий підхід правозастосовувача до вирішення проблеми поширювального тлумачення, що стоїть перед ним, або застосування закону за аналогією, активну правову ініціативу, процесуальну самостійність, певну свободу розсуду, засновану на внутрішньому переконанні. Причому особливого значення у зв'язку з цим набувають високий рівень правосвідомості і вміле використання способів та прийомів тлумачення норм права. Тлумачення є одним з правових феноменів, явищ свідомості, оскільки цілком зв'язане з особливостями функціонування правосвідомості в структурі механізму правового регулювання. Тлумачення є суб'єктивним процесом, який виявляється і в його результатах – ідеальному відображенні норми права у свідомості інтерпретатора, і у творчому характері – воно дає нові знання про зміст норми права, витягнуті з абстрактного її формулювання.

При цьому всі творчі зусилля правозастосовця повинні бути повністю підпорядковані пошукам законного вирішення будь-якої справи, але не правотворчості. Застосовуючи закон, необхідно вміти точно контролювати межі власної творчості, знаходити у великій кількості можливих помилкових єдину правильну лінію зіткнення судової творчості і волі законодавця, маючи на увазі, що верховенство за всіх умов належить останній [16].

– Сприйнятий судовою практикою порядок заповнення прогалін у законодавстві за допомогою аналогії, як і одноманітне поширювальне тлумачення схожих ситуацій, може стати зразком для правозастосовувача в аналогічних випадках, що сприятиме уніфікації судової практики. Те, що судовий прецедент не має в юридичній практиці України місця, не говорить про те, що рішення судів (особливо вищестоящих) з конкретних справ не можуть бути використані в наступній практиці розгляду подібних справ. Тим більше рішення вищих судових органів за своєю кваліфікованістю та переконливістю служать зразком, свого роду школою для вищих судів. Інша справа, що такі рішення не мають обов'язкового значення, оскільки при розгляді кримінальних та цивільних справ суди керуються лише нормативними актами.

Результати як аналогії, так і тлумачення використовуються також у діяльності нормотворчих органів. Так, проекти законів та інших нормативних актів повинні бути науково обґрунтованими, а самі вони – відображувати об'єктивні закономірності в розвитку суспільних відносин, виявлені наукою.

– Не підлягають поширювальному тлумаченню і аналогії норми, які встановлюють винятки із загального правила, містять розпорядження вичерпного характеру. Не може бути мови про поширювальне тлумачення, якщо конкретизується обсяг поняття, вжитого законодавцем при конструюванні відповідної кримінально-правової норми. У цьому випадку суд не має права відступати від букви закону чи змінювати його. Поширювальне тлумачення допустиме виключно в тих випадках, коли розбіжність між дійсним смислом і буквою закону з очевидністю випливає із самої норми, є явною, але не на основі суб'єктивного розсуду щодо смислу закону. Інакше легко помилитися і допустити порушення законності.

Проте, як вже зазначалося, інститути аналогії і поширювального тлумачення мають лише окремі спільні риси, які їх об'єднують за деякими аспектами, що зовсім не дає підстави їх ототожнювати. Навпаки, збігаючись в окремих рисах, вказані інститути є цілком різними явищами в правовій системі, мають різну природу призначення та суть.

Відмінність поширювального тлумачення від застосування норм права за аналогією необхідно проводити за природою цих правових явищ, а також за тими цілями, які вони виконують у правовому регулюванні суспільних відносин.

- Метою поширювального тлумачення є з'ясування дійсного смислу норми права, вираженого в словесній формі, на основі використання способів і прийомів тлумачення. При аналогії відбувається подолання прогалини в законодавстві шляхом виявлення волі законодавця на можливість регулювання спірних відносин, які цього позбавлені, на підставі ретельного дослідження загальних засад законодавства. Проте відповідний принцип права не містить конкретних обставин справи, що потребують правового регулювання, оскільки законодавець не передбачає їх виникнення або свідомо умовчує, розраховуючи прийняти відповідні норми найближчим часом. Метою тлумачення правових норм є, по-перше, встановлення того, що саме хотів затвердити законодавець, встановлюючи відповідну правову норму, по-друге, з'ясування виключно самого смислу, суті цього закону, того, що він встановлює в дійсності. Закон, відповідна норма закону можуть бути дійсно дійовими лише в тому разі, коли і перша, і друга позиції збігатимуться [17].

- При аналогії певні факти не охоплюються будь-якою нормою закону. Аналогія має місце в тому випадку, якщо в чинному законодавстві відсутні правові норми, спрямовані на врегулювання тих чи інших суспільних відносин, тобто виникла прогалина. Особливість застосування права за аналогією полягає в поширенні загальних засад законодавства на не врегульовані законом спірні відносини, які не були і не могли бути в полі зору законодавця на момент видання закону, через що аналогія є засобом заповнення прогалин у праві.

При поширювальному ж тлумаченні певні факти охоплюються змістом нормативного акта, перебувають в орбіті правового регулювання норми права. Прогалина в правовому регулюванні відсутня. Законодавець «має на увазі» поширення норми права на даний конкретний випадок, хоча це прагнення законодавця точно, ясно і буквально не виражено в тексті. Тобто мовний вираз не завжди повністю відповідає дійсному смислу норми права.

- При поширювальному тлумаченні трактується сама норма права, яка регулює певні відносини. Тобто правозастосовувач у процесі з'ясування правової норми приводить у повну відповідність її дійсний зміст, її ідею з не зовсім точною формою викладу. У процесі застосування аналогії необхідна норма права, яка б регулювала конкретні відносини, повністю відсутня, тобто відсутній предмет тлумачення. Відповідно, первинним об'єктом юридичного аналізу при прощальності закону є загальні засади законодавства, принципи права. При поширювальному тлумаченні первинним об'єктом дослідження є правова норма.

- Прогалини в праві, що ведуть до необхідності застосування аналогії, заповнюються законодавцем, оскільки одне з важливих його завдань полягає в тому, щоб постійно вдосконалювати нормативну базу з тим, щоб кількість прогалин все більше звужувалася, правове регулювання ширше і глибше охоплювало необхідну сферу суспільних відносин, а виникаючі при цьому не врегульовані відносини максимально оперативно одержували своє законодавче закріплення. Необхідність же в поширювальному тлумаченні існуватиме завжди. Заснована на літературній мові мова норм права не може бути позбавлена невід'ємних властивостей природно-мовної системи. Прийоми законодавчої техніки передбачають наявність узагальнено абстрактних засобів мови, що мають малий ступінь визначеності, а також незавершених переліків обставин, умов, які закінчуються, наприклад, зворотами «та інші», «а також інші», або які містять їх у своєму складі.

- У результаті тлумачення норми права як загального (абстрактного) правила поведінки виникають норми, які його конкретизують, деталізують, підвладні загальній нормі, яка піддається тлумаченню. Такі норми формуються як результат узагальнення практики, містяться в актах нормативного тлумачення судовими та іншими юрисдикційними органами. У більшості випадків тлумачення має виключно рекомендаційний характер, в окремих випадках законодавець наділяє тлумачення статусом загальнообов'язкового для виконання, тобто такі акти є багаторазовими. Аналогія є оперативним засобом казуального (разового, такого, що має юридичне значення тільки для даної справи) заповнення прогалин у праві. Акти про вирішення спірних питань на основі аналогії права стосуються лише конкретного випадку, можуть використовуватися як зразок при вирішенні аналогічних спорів, проте, враховуючи відсутність у нашій країні прецеденту, ні в якому разі не можуть бути обов'язковими при вирішенні подібних справ.

- Тлумачення норм, які містяться в джерелах права, може здійснюватися різними суб'єктами, серед яких виділяють органи, які видали норму права (автентичне тлумачення), органи, спеціально наділені повноваженнями тлумачити закон, органи, які застосовують закон, вчені (доктринальне тлумачення). Врегулювання спірних відносин за допомогою загальних засад законодавства є прерогативою правозастосовних органів.

Тлумачення права, особливо доктринальне, може мати безпосереднє юридичне значення при необхідності вирішити спірне питання при відсутності закону, який його регулює, тобто при використанні аналогії закону і аналогії права. При аналогії закону не завжди на практиці можна визначити схожість чи несхожість нормативних актів і фактичних відносин, до яких вони

застосовуються. Не виключене звернення і до спеціальних наукових досліджень та поглядів окремих учених.

Ще більшої значущості набуває доктринальне тлумачення при вирішенні справи за аналогією права. Основні засади та принципи права іноді прямо або побічно закріплені діючими нормативними актами. Однак їх правильне застосування в конкретних життєвих випадках вимагає глибокого наукового підходу, що іноді під силу тільки кваліфікованим науковим кадрам, які спеціалізуються в даній сфері права. Результати наукових досліджень та консультації компетентних учених відіграють тут головну роль [18].

Право є чимось більшим, аніж просто сукупність законів. Завдання правосуддя полягають аж ніяк не в тому, аби тлумачити і застосовувати в конкретних випадках закон тільки в межах його буквального змісту. Призначення судового рішення полягає також у тому, щоб у ході вирішення конкретної справи виявити уявлення про ті реальні цінності (категорія цінності, як відомо, тісно пов'язана з потребою та інтересом), котрі, можливо, і не зафіксовані в писаному праві, і саме їх покласти в основу рішення. Соціально-політичні погляди та суспільні відносини настільки змінюються за час дії закону, що неможливо адекватно реагувати на конфлікт між нормою закону та матеріальними уявленнями про справедливість, застосовуючи застарілий закон [19].

ЛІТЕРАТУРА

1. Копейчиков В.В. Теоретичні і практичні питання тлумачення Конституції // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 7. – С. 64.
2. Капліна О. Поширювальне тлумачення і аналогія кримінально-процесуального закону: проблеми розмежування // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 4. – С. 153.
3. Керимов Д.А. Законодательная техника: науч.-метод. и учеб. пособ. – М., 2000 – С. 55.
4. Капліна О. Поширювальне тлумачення і аналогія кримінально-процесуального закону: проблеми розмежування // Вісник академії правових наук України. – 2004. – № 4. – С. 156.
5. Кирилов В.И., Зыков П.Г., Старченко А.А., Чураков Ю.Д. Логика. – М., 1964. – С. 23.
6. Авдюков М. Применение норм права при разрешении гражданских дел // Советская юстиция. – 1972. – № 4. – С. 5.
7. Костюк В. Тлумачення норм права і значення актів органів судової влади для трудового права // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – № 6. – С. 60.
8. Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. – М., 1962. – С. 18, 62, 104, 121, 123.
9. Костюк В. Тлумачення норм права і значення актів органів судової влади для трудового права // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – № 6. – С. 60.
10. Коташевський О. Окремі недоліки нового Кримінального кодексу України // Право України. – 2002. – № 11. – С. 97.
11. Лазарев В.В. О роли доктринального толкования права // Советская юстиция. – 1969. – № 14. – С. 4.
12. Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції України // Право України. – 1997. – № 6. – С. 7.
13. Рабинович П., Савчук Н. Офіційно-нормативне тлумачення законодавства як інструмент адаптації правового регулювання до соціальних змін // Вісник академії правових наук України. – 2002. – № 1. – С. 29.
14. Федик С. До характеристики тлумачення Конвенції // Право України. – 2000. – № 11. – С. 37.
15. Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. – М., 1962. – С. 25.
16. Комиссаров К.И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе // Советское государство и право. – 1971. – № 3. – С. 77.
17. Копейчиков В.В. Теоретичні і практичні питання тлумачення Конституції // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 7. – С. 67.
18. Лазарев В.В. О роли доктринального толкования права // Советская юстиция. – 1969. – № 14. – С. 5.
19. Государственное право Германии: Пер. с немецкого семитомного издания. – Т. 1. – М., 1994. – С. 14, 289.

РОЗДІЛ II. КОНСТИТУЦІЙНЕ, АДМІНІСТРАТИВНЕ ТА ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК 342.9 (477)

АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: НОВА ПАРАДИГМА

Коломоєць Т.О., д.ю.н., професор

Запорізький національний університет

У статті на основі узагальненого аналізу існуючих наукових джерел висвітлюються основні положення сучасної адміністративно-деліктної правової доктрини.

Ключові слова: адміністративно-деліктне право, адміністративний проступок, адміністративне стягнення, положення.

Коломоєць Т.А. АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОЕ ПРАВО УКРАИНЫ: НОВАЯ ПАРАДИГМА / Запорожский национальный университет, Украина

В статье на основе обобщенного анализа существующих научных источников освещаются основные положения современной административно-деликтной правовой доктрины.

Ключевые слова: административно-деликтное право, административный проступок, административное взыскание, положение.

Kolomojets' T.O. THE UKRAINIAN ADMINISTRATIVE DELICT LAW: THE NEW PARADIGM / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The author of the article aims to represent basic positions of modern administrative – delict legal doctrine on the basis of the generalized analysis of existing scientific researches.

Key words: the administrative – delict law, the administrative offence, the official penalty, position.

У світлі докорінного перегляду положень вітчизняної адміністративно-правової доктрини, лівова частка уваги більшості учених-адміністративістів зосереджується на підгалузі адміністративного права – адміністративно-деліктному праві, яке раніше (приблизно до середини 80-х років XX століття) розглядалося як один із основних інститутів адміністративного права, однак за рахунок істотного збільшення свого змісту, розширення сфери впливу поступово переросло в підгалузь і на сьогоднішній день зберігає статус відповідної складової адміністративного права (наприклад, роботи В. Авер'янова, Д. Лук'янця, В. Колпакова, Н. Хорошак, І. Голосніченка, Л. Біли та ін.) [1].

Переосмислення ролі і призначення адміністративного права, розгляд його як сукупності правових норм, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб у їх взаємовідносинах із органами держави у сфері реалізації виконавчо-розпорядчої влади [2], визнання основним суб'єктом адміністративних правовідносин особи, а відповідно зміщення акцентів в адміністративно-правовому регулюванні суспільних відносин, звуження сфери державного тиску по відношенню до інших учасників правовідносин та інші модернізаційні процеси, не могли не вплинути і на адміністративно-деліктне право, не викликати підвищений інтерес адміністративістів до новітніх наукових досліджень. Як наслідок, з'явилося чимало наукових робіт, у тому числі й дисертаційного характеру, присвячених поглибленому дослідженню різних аспектів адміністративно-деліктного права. Так, феномену адміністративно-деліктного правового проступку присвячені численні роботи В. Колпакова [3], адміністративним стягненням – Н. Хорошак, І. Голосніченка, Р. Усенка та ін. [4], адміністративній відповідальності юридичних осіб – Д. Лук'янця [5], інституту адміністративної відповідальності в цілому – О. Літошенко, Я. Кінаша та ін [6], процедурі розгляду справ про адміністративні правопорушення – О. Кузьменко, В. Олефіра та ін [7]. У цілому позитивно оцінюючи наявні наукові дослідження, присвячені адміністративно-деліктному праву, сучасних учених-адміністративістів, слід зазначити, що вони характеризуються дещо фрагментарним характером, містять фундаментальні дослідження окремих положень, пропозиції щодо вдосконалення чітко окреслених доктринальних положень, узагальнених же робіт, на жаль, немає. Це слід визнати прогалиною сучасної адміністративно-правової доктрини, яку потрібно усунути, об'єднавши результати наявних новітніх

досліджень й визначивши основні складові новітньої парадигми вітчизняного адміністративно-деліктного права, що і є метою статті.

Серед останніх цілком можливо виділити:

По-перше, визнання адміністративно-деліктного права як підгалузі адміністративного права, покликаною врегулювати відносини, що виникають у зв'язку із притягненням винних осіб за вчинення адміністративних проступків до адміністративної відповідальності, а відповідно й застосуванням адміністративних стягнень. Для усунення існуючих суперечностей між ученими-адміністративістами стосовно підстав, форм реалізації адміністративної відповідальності й взагалі щодо змісту останньої, бажаним вбачається остаточне визначення термінологічного ряду „адміністративний проступок – адміністративна відповідальність – адміністративне стягнення” й формулювання кожного визначення із їх подальшим нормативним закріпленням.

По-друге, проведення новітнього етапу кодифікації адміністративно-деліктного законодавства, усунення існуючого розмаїття та багатоманіття адміністративно-деліктних нормативно-правових актів, і натомість прийняття єдиного кодифікованого адміністративно-деліктного акта, в якому визначаються єдині засади адміністративної відповідальності. Таким актом може бути Кодекс України про адміністративні проступки. Існування єдиного кодифікованого адміністративно-деліктного акта зумовлює певну уніфікацію адміністративно-деліктної нормотворчості, а також правозастосування.

По-третє, розширення кола суб'єктів адміністративної відповідальності й визнання останніми як фізичних осіб (це є традиційним для вітчизняної адміністративно-правової доктрини), так і юридичних осіб, тим самим підтримавши пропозиції В. Авер'янова, Д. Лук'янца, О. Кузьменко та інших учених-адміністративістів. Істотні соціально-економічні зміни, що відбулися в нашій державі наприкінці ХХ – на початку ХХІ століття, сприяли активізації участі юридичних осіб у різноманітних, у тому числі й адміністративно-деліктних, правовідносинах. Прийняття більше двадцяти законодавчих актів, які визначають засади адміністративної відповідальності юридичних осіб за вчинення правопорушень у різних сферах суспільних відносин, зумовило появу певної неузгодженості чинного КпАП України та вищезазначених актів, а відповідно – проблеми в правозастосовчій діяльності. Склалася ситуація, коли традиційні положення адміністративно-правової доктрини, чинного законодавства повною мірою узгоджуються із вимогами часу. Саме тому позитивно слід оцінити намагання законодавця виправити цю помилку й закріпити в проекті Кодексу України про адміністративні проступки розширеного кола суб'єктів – фізичних та юридичних осіб [8]. У той же час варто враховувати специфіку деліктно-правового статусу юридичних осіб і його відмінність від аналогічного статусу фізичних осіб, і саме тому цілком логічним є закріплення засад адміністративної відповідальності фізичних та юридичних осіб у новітньому кодифікованому акті в різних розділах.

По-четверте, реалізація адміністративної відповідальності знаходить прояв у застосуванні до винних осіб адміністративних стягнень. Не дивлячись на той факт, що адміністративні стягнення завжди привертали увагу учених-адміністративістів (наприклад, роботи Л. Ковалюка, А. Бондаренка, А. Ключніченка, С. Гончарука та ін.) [9], однак до цього часу відсутнє єдине узагальнене поняття адміністративного стягнення, його нормативне закріплення. Законодавець лише перераховує існуючі різновиди адміністративних стягнень й визначає кожне із них окремо. Для абсолютної визначеності положень сучасної адміністративно-правової (зокрема деліктної її складової) доктрини потрібно остаточного вирішити питання щодо використання терміна „адміністративне стягнення”, сформулювати його визначення, нормативно закріпити, а також окреслити різновиди адміністративних стягнень, точніше їх сукупність. Саме сукупність адміністративних стягнень, а не систему, як це прийнято на сьогоднішній день у більшості наукових робіт. Система, як слушно зазначає Н. Хорошак, передбачає єдність елементів, взаємозв'язок та взаємовплив останніх [10]. Як свідчить аналіз нормативних, доктринальних положень, а також узагальнення результатів адміністративно-деліктної правозастосовчої діяльності, чинні адміністративні стягнення існують самостійно одне від одного, тісний взаємозв'язок між ними відсутній, як, до речі, і взаємовплив. Тобто необхідна ознака системи відсутня.

По-п'яте, зменшення кількості суб'єктів органів (осіб) адміністративної юрисдикції за рахунок позбавлення відповідних повноважень адміністративних комісій, виконавчих комітетів сільських та селищних рад, звуження повноважень державних інспекцій і, навпаки, визнання основним суб'єктом судів, що дозволить уникнути тих помилок, які існують на сьогоднішній день у діяльності більшості адміністративних органів, підвищити професійний рівень суб'єктів адміністративної юрисдикції, забезпечити належний рівень захисту прав, свобод та законних інтересів усіх учасників адміністративно-деліктних правовідносин.

Ці та інші положення дозволять сформулювати уявлення про сучасне адміністративно-деліктне право як підгалузь адміністративного права, покликаною врегулювати відносини щодо притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності, досягти єдності розуміння основного змісту, призначення

підгалузі, уніфікації доктринальних положень, нормотворчої діяльності та адміністративно-деліктного правозастосування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Колпаков В.К. Адміністративно-деліктний правовий феномен: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 528с.
2. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2-х т.: Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Юридична думка, 2004. – Т. 1. – С. 107.
3. Колпаков В.К. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 736с.; Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544с.
4. Хорошак Н.В. Адміністративні стягнення за законодавством України: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 172с.
5. Лук'янець Д.М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку: Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 220с.
6. Літошенко О. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності: Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.07 – К.: КНЕУ, 2005. – 21 с.; Кінаш Я.І. Трансформація адміністративної відповідальності: правові та організаційні засади: Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.07 – Ірпінь, Національна академія Державної податкової служби України, 2005. – 21с.
7. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544с.
8. Адміністративне судочинство в Україні: Книга друга. Кодекс України про адміністративні проступки (проект). – Харків: Консум, 2003. – 332с.
9. Гончарук С.Т. Адміністративна відповідальність за законодавством України. Адміністративно-юрисдикційні повноваження органів внутрішніх справ: Навчальний посібник / Українська академія внутрішніх справ. – К., 1995. – 78с.; Коваль Л.В. Адміністративне право: Курс лекцій для студентів юридичних вузів та факультетів. – К.: ВЕНТУРІ, 1996. – 208 с.; Коваль Л.В. Відповідальність за адміністративні правопорушення. – К.: Вища школа, 1975. – 159с.
10. Хорошак Н.В. Адміністративні стягнення за законодавством України: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 172с.

УДК 342.9 (477): 341.018

ФУНКЦІЇ КОДИФІКАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Федоров І.О., здобувач

Запорізький національний університет

У статті визначаються та аналізуються функції кодифікації адміністративно-деліктного законодавства як елемент механізму відповідного різновиду діяльності уповноважених органів, формуються конкретні рекомендації щодо їх врахування при прийнятті нового вітчизняного кодифікованого адміністративно-деліктного акта.

Ключові слова: адміністративно-деліктне законодавство, кодифікації, елемент, механізм, функція.

Федоров И.А. ФУНКЦИИ КОДИФИКАЦИИ АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / Запорожский национальный университет, Украина

В статье определяются и анализируются функции кодификации административно-деликтного законодательства как элемент механизма соответствующего вида деятельности уполномоченных органов, формулируются конкретные предложения по их использованию при принятии нового отечественного кодифицированного административно-деликтного акта.

Ключевые слова: административно-деликтное законодательство, кодификация, элемент, механизм, функция.

Fedorov I.O. THE FUNCTIONS OF THE ADMINISTRATIVE – DELICT LEGISLATION CODIFICATION / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The author of the article defines and analyzes the functions of the administrative – delict legislation codification as the element of the mechanism of the authorized state organs' activity; certain proposals on their use when accepting new national codified administrative – delict act are also formulated.

Key words: administrative – delict legislation, codification, element, mechanism, function.

Останнім часом у світлі активізації кодифікаційної діяльності в Україні все частіше законодавці та вчені-юристи порушують питання доцільності здійснення нової кодифікації адміністративно-деліктного законодавства. КпАП України, прийнятий ще у 80-х роках ХХ століття, навіть із численними змінами та доповненнями, істотно застарів, не повною мірою узгоджується із новітньою ідеологією адміністративно-деліктної політики держави. Існування значної кількості законодавчих актів, які також, поряд із КпАП України, визначають засади адміністративної відповідальності, ускладнює і нормотворчу, і правозастосовчу діяльність в адміністративно-деліктній сфері, що визнати виправданим не можна й свідчить на користь здійснення нового етапу кодифікаційної діяльності в адміністративно-деліктній сфері й прийняття нового адміністративно-деліктного кодифікованого акта. У середовищі вітчизняних учених-адміністративістів проблеми оновлення адміністративно-деліктного законодавства порушувалися неодноразово, однак, в основному, їх увага зосереджувалася або на дослідженні окремих проблемних питань (наприклад, адміністративної відповідальності юридичних осіб – роботи Д. Лук'янич, І. Голосніченка та ін.), або на реформуванні системи адміністративних стягнень (наприклад, роботи Н. Хорошак), на процесуальному режимі адміністративної відповідальності (роботи М. Тищенко), або на критичному аналізі положень чинного та перспективного адміністративно-деліктного законодавства (наприклад, роботи М. Хавронюка, М. Мельника, О. Дуванського та ін.), на характеристиці структури та змісту проекту нового кодифікованого адміністративно-деліктного акта, визначенні термінологічного ряду тощо (наприклад, роботи В. Авер'янова, Л. Біли та ін.). При загальній позитивній оцінці всіх наукових досліджень вітчизняних учених-адміністративістів в адміністративно-деліктній сфері слід зазначити, що вони не присвячені самій кодифікації як процесу, її механізму, що слід визнати певним недоліком вітчизняної адміністративно-правової доктрини, оскільки досягти результату, тобто прийняти кодифікований акт, забезпечити ефективність його застосування можна лише за умови ґрунтовного дослідження всього механізму кодифікації як діяльності (принципів, функцій, методів, форм, мети, завдань тощо). Саме тому залишати поза увагою саму кодифікаційну діяльність в адміністративно-деліктній сфері вченими-юристами не варто. Від рівня наукового дослідження відповідного різновиду діяльності уповноважених державних органів буде залежати досягнення відповідного результату – прийняття нового кодифікованого адміністративно-деліктного кодексу, його ефективність застосування, а також вся подальша адміністративно-деліктна нормотворчість та правозастосування.

Чільне місце серед елементів механізму кодифікації адміністративно-деліктного законодавства посідають її функції, які взагалі, на жаль, не привертали увагу вчених-адміністративістів. Результативність будь-якої діяльності, у тому числі й кодифікаційної діяльності у сфері адміністративно-деліктних правовідносин, багато в чому залежить від тих функцій, які вона виконує, від визначеності їх формулювання, ступеня їх виконання. Саме тому, метою статті є визначення та аналіз, на підставі опрацювання наявної правової літератури, функцій кодифікації адміністративно-деліктного законодавства для формулювання конкретних пропозицій щодо розробки та прийняття досконалого нового адміністративно-деліктного кодифікованого акта.

Як вже зазначалося, питанням функцій кодифікації адміністративно-деліктного законодавства у вітчизняній адміністративно-правовій доктрині увага не приділена. В основному, інтерес учених-адміністративістів викликали питання функцій адміністративного законодавства в цілому (наприклад, роботи В. Юсупова) [1], що не є тотожним функціям кодифікації адміністративно-деліктного законодавства. У той же час дещо активізувалися наукові дослідження функцій кодифікації вченими-теоретиками (наприклад, роботи Є. Погорелова, О. Рогача та ін.) [2], присвячені загальнотеоретичним питанням кодифікації, її механізму, у тому числі й функціям, подальшій розробці положень, сформульованих ще в ХІХ столітті відомим ученим-кодифікатором М.М. Сперанським. А враховуючи той факт, що кодифікація адміністративно-деліктного законодавства є невід'ємною складовою всієї кодифікаційної діяльності нашої держави, цілком можливим є використання, із урахуванням специфіки об'єкта дослідження, загальнотеоретичних положень, присвячених функціям кодифікації, для визначення та аналізу функцій підгалузевої кодифікації – кодифікації адміністративно-деліктного законодавства.

Функція – це прояв властивостей об'єкта в певній системі відносин, напрямком реалізації діяльності [3], відповідно функція кодифікації адміністративно-деліктного законодавства – це основний напрямок здійснення певного різновиду діяльності уповноважених державних органів стосовно адміністративно-деліктного нормативного масиву. Кодифікація, у тому числі й адміністративно-деліктного законодавства, є складною діяльністю, змістовною, відповідно для неї характерним є наявність цілої низки функцій („дерево функцій“) різного спрямування. З урахуванням специфіки об'єкта кодифікаційної діяльності – адміністративно-деліктного законодавства, можна виділити наступні її функції:

- правотворча, сутність якої полягає в тому, що в ході кодифікації адміністративно-деліктного законодавства здійснюються правотворчі операції з нормативно-правовими приписами: скасовуються, змінюються застарілі, встановлюються нові;
- фундаментальна – у ході кодифікаційного процесу формулюються приписи, котрі регулюють найбільш важливі, принципові питання адміністративно-деліктної політики, визначаються засади адміністративної відповідальності, мета, завдання, принципи та правовий режим підгалузі адміністративно-деліктного законодавства (теза про визнання адміністративно-деліктного законодавства, як і адміністративно-деліктного права, в якості підгалузі законодавства і права є домінуючою в сучасній вітчизняній адміністративно-правовій доктрині – роботи В. Авер'янова, В. Колпакова, В. Олефіра, О. Кузьменко та ін.) [4];
- інтегративна (об'єднувальна), яка, як правильно зазначає О. Пашенко, знаходить прояв у тому, що внаслідок кодифікації удосконалюються як форма, так і зміст адміністративно-деліктної правової матерії, яка завдяки істотним перетворенням набуває ознак єдності і погодженості [5].

Після переробки та узгодження розрізнені в численних нормативно-правових актах нормативні фрагментарні акти правового регулювання зводяться, об'єднуються в єдиному нормативно-правовому акті. Таким актом є кодекс (щодо використання саме такого різновиду кодифікованого акта стосовно адміністративно-деліктного законодавства в середовищі науковців існує єдність поглядів, на відміну від розмаїття думок щодо його безпосередньої назви). Прийняття саме кодексу є доречним, бо саме цей різновид підсумкового кодифікованого нормативно-правового акта: 1) вносить істотні зміни в регулювання суспільних відносин на основі створення нового або переробки чи доопрацювання чинного законодавства, містить у собі елементи новизни, оскільки при кодифікаційній діяльності відбувається не тільки певне упорядкування нормативного матеріалу визначеної підгалузі, але й вноситься багато нових елементів у правове регулювання визначеного кола суспільних відносин, усуваються прогалини та колізії в законодавстві; 2) розрахований на всебічне, докладне, детальне регулювання правовідносин відповідної підгалузі; 3) має зведений характер; 4) характеризується логічною довершеністю, системністю, внутрішнім взаємозв'язком та погодженістю, динамізмом; 5) регулює важливу, достатньо широку сферу суспільних відносин, володіє підвищеною стабільністю, юридичною оформленістю, закріплює найбільш суттєві і стійкі відносини в суспільстві [6].

Щодо назви кодифікованого адміністративно-деліктного акта, то слід підтримати думку більшості учених-адміністративістів й визначити його як Кодекс України про адміністративні проступки, що буде характеризуватися наступністю традицій вітчизняної адміністративно-деліктної нормотворчості, а також абсолютно визначить об'єкт кодифікації.

- функція усунення дефектів в адміністративно-деліктному законодавстві (Є. Погорелов пропонує називати її також „очисною“) характеризується тим, що в ході кодифікаційної діяльності заповнюються прогалини в законодавстві, усуваються колізії, дублювання, скасовуються застарілі нормативно-правові приписи (наприклад, невизначеність розмірів адміністративних штрафів, неузгодженість положень Конституції (ст.41) та КпАП стосовно використання платного вилучення предмета як різновиду адміністративного стягнення, розподілу юрисдикційних повноважень між визначеними суб'єктами та ін.) [7];
- узагальнююча – знаходить свій вираз у створенні на основі численних розрізаних фрагментарних приписів узагальнених нормативних положень, тобто нормативних приписів високого рівня узагальненості та абстрактності, які заздалегідь розраховані на розвиток суспільних відносин. Ця функція, як правильно зазначає Є.Погорелов, виконує і функцію множинності нормативних актів [8];
- системоутворююча функція проявляється в тому, що в її результаті створюється комплекс узгоджених нормативних приписів, об'єднаних загальним предметом та методом правового регулювання в єдиному логічному і юридично цілісному нормативно-правовому акті. При системному та систематичному здійсненні адміністративно-деліктної кодифікаційної діяльності її вплив знайде свій прояв не тільки на рівні підгалузі – адміністративно-деліктного права та законодавства, а й адміністративного права та системи вітчизняного права в цілому;
- стабілізуюча припускає, що законодавець на основі урахування об'єктивних тенденцій розвитку суспільних відносин створює такі нормативні приписи, які розраховані на тривалий термін їхньої дії. Закріплення їх у кодифікованому акті надає самому акту більшої стабільності;
- оптимізуюча функція кодифікації адміністративно-деліктного законодавства виявляється в поліпшенні доступності, оглядовості відповідного законодавства, забезпеченні повноти правового регулювання, підвищенні ефективності адміністративно-деліктного законодавства не тільки за рахунок поліпшення властивостей його форми й змісту, але і за допомогою відносної стабільності його форми й змісту.

Саме ці функції в поєднанні з іншими елементами механізму кодифікації адміністративно-деліктного законодавства визначають її реальне змістове наповнення, дозволяють зрозуміти її реальну сутність й у повному обсязі розкрити зміст, сформулювати дієві пропозиції щодо розробки та прийняття підсумкового кодифікованого нормативно-правового акта, забезпечити ефективність його застосування, позитивно вплинути на всю деліктну нормотворчу та правозастосовчу діяльність в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Юсупов В.А. Теория административного права. – М.: Юрид. лит., 1985. – 160 с.
2. Погорелов Є.В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект): Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.01 – Харків: Національний університет внутрішніх справ, 2000. – 18с.; Рогач О.Я. Кодифікаційні акти в системі законодавства України: Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.01 – К.: Київський національний університету імені Тараса Шевченка, 2003. – 18с.
3. Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. – М.: Политиздат, 1991. – С. 504 – 505.
4. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т.: Загальна частина / Ред.колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Юридична думка, 2004. – Т. 1. – 584 с; Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544с.
5. Пашенко О.М. Розвиток і кодифікація земельного законодавства України: Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.06 – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – С. 8.
6. Рогач О.Я., Гомонай В.В. Поняття та система кодексів у системі законодавства України // Проблеми кодифікації законодавства України: Матеріали науково-практичної конференції / За заг. ред. В.П. Нагребельного, Н.М. Пархоменко. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003. – С. 54 – 56.
7. Дуванський О. Прогалини законодавства про адміністративну відповідальність // Юридичний вісник України. – 2005. – 3-9 грудня. – № 48. – С. 15.
8. Погорелов Є.В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект): Автореф. дис... к.ю.н.: 12.00.01. – Харків: Національний університет внутрішніх справ, 2000. – С. 10.

УДК 342.34 (477)

ПОНЯТТЯ І СУТНІСТЬ ПАРЛАМЕНТУ І ПАРЛАМЕНТАРИЗМУ

Журавльова Г.С., к.ю.н., доцент

Запорізький національний університет

У статті розглядаються явища парламенту і парламентаризму, які є взаємопов'язаними і значною мірою завдячують своїй появі так званим новим історичним часам. Сформульовані пропозиції до визначення дефініцій парламенту і парламентаризму.

Ключові слова: Парламент, парламентаризм, Верховна Рада України.

Журавлёва А.С. ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ ПАРЛАМЕНТА И ПАРЛАМЕНТАРИЗМА / Запорожский национальный университет, Украина

В статье рассматриваются явления парламента и парламентаризма, которые взаимосвязаны между собой и в определенной степени обязаны своим появлением так называемому новому времени. Сформулированы предложения относительно выведения дефиниций парламента и парламентаризма.

Ключевые слова: Парламент, парламентаризм, Верховная Рада Украины.

Zhuravlyova H.S. THE CONCEPT AND ESSENCE OF PARLIAMENT AND PARLIAMENTARISM / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the phenomena of parliament and parliamentarism, which are interconnected and appeared during so-called «historical times». Some offers for the definitions of parliament and parliamentarism are formulated.

Key words: parliament, parliamentarism, Supreme Council of Ukraine (Verkhovna Rada)

Явища парламенту і парламентаризму, які є взаємопов'язаними і значною мірою збігаються, завдячують своїй появі так званим новим історичним часам, тобто періоду історії людства, який розпочався у зв'язку з буржуазними революціями XVII – XVIII ст. Однак сам термін «парламент» має більш давнє

походження: його генеза пов'язана з феодальними часами. Цим терміном спершу позначався судовий орган у Франції, де в XIII ст. королівська курія була поділена на дві палати. Одна з цих палат займалася судовими справами і мала назву парламент. Згодом, у період станово-представницької монархії, парламент, який дістав назву паризького, виступав як вищий суд. У період революції XVIII ст. відповідний орган зійшов з історичної арени [1]. Як би там не було, французький (паризький) парламент не був представницькою установою.

Для відповідних цілей термін «парламент» став використовуватися з кінця XIII ст. в Англії: в одному з актів 1275 р. цей термін позначав велику раду королівства, яка певною мірою мала представницький характер і включала монарха та наймогутніших феодалів [2]. Характерно, що цей термін був запозичений з тогочасної французької мови (писали французькою parlement).

У зв'язку із зазначеним, слід звернути увагу на деякі лексикологічні характеристики терміна «парламент», які набувають суттєвого політико-правового значення. Вказаний термін походить від середньовічної латини, де слово *parlamentum* означало богословський диспут або бесіду монахів. У радянській і сучасній російській навчальній літературі з курсу конституційного права походження терміна «парламент» пов'язували і пов'язують із транскрипцією італійського або французького дієслова «говорити» [3, 4, 5]. Звідси за старою політичною традицією іноді (а за радянські часи – практично завжди) робили логічний перехід до відомої тези: «парламенти – це говорильні». Ця теза є неприйнятною з огляду на реалії суспільно-політичного життя за кордоном і в нашій країні.

У період станово-представницької монархії термін «парламент» не набув значення родового для іменування відповідних установ. Тільки в Англії станово-представницька установа зберегла назву парламенту. Положення мало змінилося і в подальшому. І тільки в XIX ст. – у так званий «золотий вік парламентаризму» – відповідний термін набув поширення в найбільш розвинутих на той час країнах. При цьому він вживався здебільшого як політична і наукова категорія. Водночас у конституціях, прийнятих у зазначений період, для законодавчого органу (органу законодавчої влади) звичайно застосовували інші слова і словосполучення: «палати», «законодавчі збори», «народні збори», «національні збори» тощо [6]. Ці слова і словосполучення використовувалися як власні назви відповідних органів, родовою назвою яких хоча б на доктринальному рівні залишався термін «парламент».

На сьогодні термін «парламент» як родова назва органу законодавчої влади об'єктивно є загальноприйнятним. Разом із тим цей термін як власна назва відповідних органів офіційно вживаний (зафіксований у конституціях) лише в деяких країнах. Насамперед це Великобританія та інші англійомовні країни, що прийняли британську конституційну модель (Австралія, Канада тощо). Він застосований у конституціях ряду розвинутих європейських країн (Греція, Італія, Франція), а також частини країн-членів СНД (Грузія, Казахстан, Молдова) [7, 8, 9]. Водночас зазначимо, що в ряді країн, де органи законодавчої влади мають іншу власну, конституційно визначену назву, термін «парламент» вживається разом із власною назвою або є складовою відповідної конституційної дефініції. Прикладом такої дефініції слугує зміст ст.75 Конституції України: «Єдиним джерелом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України».

У вітчизняній політико-правовій думці термін «парламент» для позначення потенцій національного державотворення з'являється на початку XX ст.: його першими почали застосовувати автори програмних документів українських політичних партій, утворених у відповідний період. Так, у програмі Української народної партії було зазначено, що «законодавча влада в усій повноті належить парламенту». У програмі Української партії самостійників-соціалістів проголошувалось: «Головною законодавчою владою на Україні є парламент (Центральна Українська рада)». Про необхідність утворення «парламенту» як «представницької інституції» говорилося в програмі Української соціал-демократичної робітничої партії [10]. Термін «парламент» вживали не тільки в політичних документах партій соціалістичного спрямування, він був притаманний політичній фразеології ліберально-демократичних партій, зокрема Української демократичної партії і Української радикальної партії [11]. Водночас зазначимо, що термін «парламентаризм» угадані часи і на відповідному рівні на українських теренах практично не вживався.

Такий стан відображав реалії суспільно-політичного життя, які зумовлювали своєрідне «запізнення» у сприйнятті світових інтелектуальних здобутків у сфері політичних та правових наук. На час первісного формування і поширення ідей парламентаризму, представницького правління і в цілому концептуальних підходів, притаманних конституціоналізму, український народ був уже позбавлений власної державності. До того ж більша частина українських земель перебувала під самодержавною владою, яка довгий час вкрай негативно ставилася до поширення подібних ідей і концепцій.

За радянських часів термін «парламент» об'єктивно не міг бути узгоджений з існуючою тоді теорією і практикою державного владарювання, про що докладніше далі. Цей термін застосовувався тільки для характеристики «буржуазної державності» і по суті завжди мав негативне звучання. У радянській юридичній науці загальноживаною була фраза «криза буржуазного парламентаризму». Вона була

присутня з відповідними трактуваннями практично в усіх підручниках з державного права СРСР і, особливо, державного права буржуазних країн і країн, що розвиваються [12, 13]. Ще більшою мірою негативне ставлення до феномена парламенту і парламентаризму було присутнє в науковій літературі з відповідної проблематики.

Природа явищ парламенту і парламентаризму, а з ними – певною мірою і відповідних термінів, відбиває не тільки загальні особливості історичного розвитку, а й конкретику кожної країни. Навряд чи можна проводити аналогію за змістом між вказаними явищами в умовах двох розвинутих країн, не кажучи вже про країни, які об'єктивно різняться за їх політичним і державно-правовим розвитком. Потреби цього розвитку можуть зумовити уточнення або доповнення понять парламенту і парламентаризму з метою наголошення на їх ролі і призначенні. Наприклад, те, що за Конституцією Верховна Рада України є «єдиним (підкреслено мною – Г.Ж.) органом законодавчої влади», акцентує увагу на її місці в державному механізмі. Водночас наведене формулювання може вважатися своєрідним застереженням щодо узурпації законодавчої влади іншими органами державної влади. З іншого боку, із сказаного не випливає, що Верховна Рада України здійснює законодавчу владу самостійно і без участі інших органів.

Важливим чинником, який визначає зміст явищ парламенту і парламентаризму, є форма державного правління, прийнята в тій чи іншій країні. Було б неправильним стверджувати, що, наприклад, у США не існує парламентаризму через те, що за формою це президентська республіка. Або що тут не існує парламенту через те, що відповідний термін рідко застосовується американськими авторами, і, за Конституцією цієї держави, «усі встановлені тут повноваження законодавчої влади належать Конгресові Сполучених Штатів, який складається з Сенату і Палати представників» [14].

У літературі справедливо зазначалось, що саме в умовах президентської республіки парламент являє собою не тільки законодавчий орган, а й виступає як один із двох (окрім президента) центрів концентрації політичної влади [15, 16]. Асоціювання ж поняття парламентаризму з парламентарними (парламентськими) формами державного правління, яке є досить звичайним для представників політологічної науки, не може мати характер отождошення. Як висновок, можна зазначити, що оцінки ролі парламенту і парламентаризму в цілому в кожній конкретній країні значною мірою залежать від прийнятої в ній форми державного правління. Однак явище парламентаризму присутнє за умов існування усіх сучасних прогресивних форм правління.

Суттєве значення для характеристики природи парламентаризму має форма політичного режиму. Аксіомою вважається те, що парламентаризм реально існує тільки за умов демократичних режимів. Авторитаризм у діяльності інших органів, насамперед глави держави, може призвести до занепаду парламентаризму і фактичного скасування парламенту. Відповідна тенденція притаманна багатьом країнам, що розвиваються. У цих країнах прийнята форма правління так званої монархічної республіки. У радянській літературі вказувалось, що парламент тут відіграє «третьорядну роль» або взагалі є «придатком влади президента» [17, 18]. Прояви згадуваної тенденції спостерігаються в деяких країнах, що утворилися на теренах колишнього СРСР. При цьому до деформацій парламентаризму, який тут перебуває в стадії становлення, призводить суто формальне запровадження двопалатної побудови парламентів (бікамеральності) і наділення глави держави повноваженнями, які звичайно характеризують статус органу законодавчої влади.

Характеризуючи поняття і сутність парламенту і парламентаризму, необхідно повернутися до питання змісту відповідних конституційних дефініцій. На думку автора статті, дефініція, що міститься в ст.75 Конституції України, є чи не найвдалішою. Вона, як зазначалось, акцентує увагу на місці Верховної Ради України в державному механізмі. Водночас ця дефініція позначає головну функцію парламенту, його «закодоване» в понятті законодавчої влади призначення. Важливим є і те, що згадана дефініція є чіткою, короткою і юридично коректною. Тим самим, по-перше, виконуються вимоги юридичної техніки, які об'єктивно існують щодо викладення конституційного тексту, і, по-друге, ця дефініція не містить характеристик, які можна вважати неправильними або спірними з огляду на зміст Основного Закону.

Серед актуальних проблем становлення і розвитку парламентаризму в Україні важливе місце займає проблема визначення поняття самого парламентаризму. Ця проблема має розв'язуватися здебільшого в площині застосування методів, притаманних теоретико-правовій науці, адже в практичній юриспруденції відповідний термін не використовується. Зокрема, можна категорично стверджувати, що на сьогодні в Україні не існує жодного нормативно-правового акта, де б був застосований термін «парламентаризм». Водночас, як зазначалось, поняття парламентаризму і парламенту об'єктивно є взаємопов'язаними і навіть значною мірою збігаються.

Термін «парламентаризм» набув поширення в середовищі політиків і учених у XIX ст. І якщо його авторами об'єктивно були британці, то згодом він набув загальноєвропейського визнання, зокрема серед різних політичних сил. Як приклад можна навести роботи одного з найвідоміших представників тогочасної європейської соціал-демократії К. Каутського, у яких досліджувалася історія представницьких установ, починаючи з «періоду варварства», обґрунтувалася теорія політичного

представництва через відповідні державні органи. Парламентаризм автором цих робіт сприймався як парламентарна форма державного правління [19, 20].

Таких же позицій дотримувалися дореволюційні російські вчені-юристи. Так, О.О. Алексєєв називав парламентаризм «парламентським режимом», «системою державного управління» тощо. Визнаючи відповідний феномен, він писав: «Парламентаризм, як політична система, регулює у відомий спосіб взаємовідносини корони, міністрів і парламенту і вимагає, щоб уряд у своїй політиці здійснював ту програму, яку визначає панівна парламентська більшість» [21]. По суті це атестація головних характеристик парламентарно-монархічної форми правління. Інший тогочасний дослідник парламентаризму визначав його як «парламентарний лад», тобто правила функціонування «парламентарної держави» [22]. При цьому йшлося саме про те, що зветься парламентарними формами державного правління.

За радянських часів явище парламентаризму сприймалось негативно. Парламент і парламентаризм характеризувались в аспекті «викриття реакційної сутності буржуазної державної машини», хоча до них проявлявся певний інтерес за змістом відомої тези В.І. Леніна щодо використання парламентів робочим класом у боротьбі за завоювання політичної влади [23]. Водночас були сформульовані й визначення парламентаризму. Одним із перших запропонував відповідне поняття відомий радянський юрист-теоретик Й.Д. Левін, але зробив він це з необхідними на той час формальними застереженнями: «Буржуазна наука визначає парламентаризм як режим, який характеризується парламентськими кабінетами і парламентською відповідальністю уряду» [24]. По суті таке визначення не вносило нічого нового до поняття парламентаризму, що вже було прийнятим.

На думку автора статті, парламентаризм слід сприймати як сам парламент у дії, тобто як його, насамперед, функціональні характеристики. До цих характеристик необхідно додати структурно-організаційні характеристики парламенту. Можна значною мірою погодитися з оцінкою парламентаризму, за якою його поняття «відображає, з одного боку, положення парламенту в механізмі поділу влад і в цьому сенсі наближене до поняття політичного режиму, а з іншого боку – принципи устрою парламенту» [25]. Саме з урахуванням і на основі функціональних і структурно-організаційних характеристик парламенту слід формулювати визначення парламентаризму.

Таким чином, можна сформулювати основні поняття.

Парламент – це загальнонаціональний і такий, що діє постійно, представницький колегіальний орган державної влади, який водночас за змістом теорії поділу влад (влади) є єдиним органом законодавчої влади;

парламентаризм, по-перше, є політико-правовим режимом організації і діяльності державного механізму (апарата), за умов якого наявна особлива і реальна роль у здійсненні владарювання загальнонаціонального і такого, що діє постійно, представницького колегіального органу;

парламентаризм, по-друге, є сукупністю структурно-організаційних і функціональних характеристик, які супроводжують процес утворення загальнонаціонального і такого, що діє постійно, представницького колегіального органу, і здійснення ним державного владарювання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шаповал В. Зарубіжний парламентаризм.– К.: Основи, 1993. – С. 8-9.
2. Мишин А.А. Центральные органы власти буржуазных государств. – М.: Изд-во Московского университета, 1972. – С. 160.
3. Государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости: Учебник / Под ред. И.П. Ильинского, М.А. Крутоголова. – М.: Юридическая литература, 1979. – С. 297.
4. Чиркин В.Е. Основы конституционного права: Учебное пособие. – М.: Манускрипт, 1996. – С. 186.
5. Конституционное (государственное) право: Справочник / Под ред. В.И. Лафитского. – М.: Юрист, 1995. – С. 105.
6. Конституции буржуазных стран: В 3 т. – М., Л.: Гос. социально-экономическое изд-во, 1936. – Т.2: Средние и малые европейские страны. – С. 176, 455, 478, 509, 573, 618.
7. Конституции государств Европейского Союза / Под ред. Л.А. Окунькова. – М.: Издательская группа «ИНФРА – М – НОРМА», 1997. – С. 264, 432, 670.
8. Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. – К.: Укр.Правн.Фундація. Вид-во “Право”, 1996. – С. 207.

9. Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сборник документов / Сост. Ю.А. Дмитриев, Н.А. Михалева. – 2-е изд. – М.: Манускрипт, 1997. – С.187, 243.
10. Багатопартійна українська держава на початку ХХ ст.: Програмні документи перших українських політичних партій / Упоряд. В.С. Журавський. – К.: Науково-інформаційне підприємство “Пошук”, 1992. – С. 9, 41, 56.
11. Самостійна Україна: Збірник програм українських політичних партій початку ХХ ст./ Упоряд. О. Федьков. – Тернопіль: Редакційно-видавничий відділ управління пресою, 1991. – С. 54, 58, 63.
12. Государственное право буржуазных и освободившихся стран: Учебник / Под ред. Б.А. Стародубского, В.Е. Чиркина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Высшая школа, 1986. – С. 163-164.
13. Мишин А.А., Барабашев Г.В. Государственное право буржуазных и развивающихся стран: Учебник. – М.: Юридическая литература, 1989. – С. 264-267.
14. Конституции буржуазных государств: Учебное пособие / Сост. В.В. Маклаков. – М.: Юридическая литература, 1982. – С. 19.
15. Политические институты США: история и современность / В.И. Борисюк, Т.З. Джапаридзе, Н.Г. Зяблюк и др. – М.: Наука, 1988. – С. 43-45.
16. Шаповал В. Вищі органи сучасної держави. Порівняльний аналіз. – К.: Програма Л, 1995. – С. 11.
17. Энтин Л.М. Политические системы развивающихся стран. Государство и политические партии в странах Азии и Африки. – М.: Международные отношения, 1978. – С. 235.
18. Заварнов Н.А. Государственное право развивающихся стран: Учебное пособие. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 64.
19. Каутский К. Представительное правление. – С-Пт.: Молот, 1905.
20. Каутский К. Парламентаризм и народное законодательство. – Ростов-на-Дону: Демос, 1905. – 130 с.
21. Алексеев А.А. К учению о парламентаризме. – С-Пт.: Сенатская типография, 1908. – С. 86.
22. Соколов К.Н. Парламентаризм. Опыт правовой теории парламентарного строя. – С-Пт.: Печатный труд, 1912. – С. 337.
23. Парламенты зарубежных стран: Справочник. – М.: Политиздат, 1968. – С. 3-14.
24. Левин И.Д. Современная буржуазная наука государственного права. Критика основных направлений. – М.: Изд-во АН СССР, 1960. – С. 326.
25. Котелевская И.В. Современный парламент // Государство и право. – 1997. – №3. – С.5.

УДК 343.62: 342.9

АДМІНІСТРАТИВНІ СТЯГНЕННЯ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО БАТЬКІВ АБО ОСІБ, ЯКІ ЇХ ЗАМІНЮЮТЬ, ЗА ПРОТИПРАВНІ ДІЯННЯ ЇХ НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ. ДОЦІЛЬНІСТЬ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ

Горбач О.В., ст.викладач

Київський національний університет внутрішніх справ України

Стаття присвячена питанням притягнення до адміністративної відповідальності батьків або осіб, які їх замінюють, у разі вчинення їх неповнолітніми дітьми, які не досягли віку адміністративної чи кримінальної відповідальності, протиправних діянь та застосування до них адміністративних стягнень у вигляді штрафів. Визначаються основні моменти, які обов'язково повинні бути досліджені і враховані уповноваженими органами при притягненні даної категорії суб'єктів до адміністративної відповідальності і, відповідно, обранні справедливої міри покарання.

Ключові слова: притягнення до адміністративної відповідальності неповнолітніх, адміністративні стягнення, штрафні санкції.

Горбач О. В. АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ВЗЫСКАНИЯ, КОТОРЫЕ ПРИМЕНЯЮТСЯ К РОДИТЕЛЯМ ИЛИ ЛИЦАМ, ИХ ЗАМЕНЯЮЩИМ, ЗА ПРОТИВОПРАВНЫЕ ДЕЙСТВИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ДЕТЕЙ. ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ И ЭФФЕКТИВНОСТЬ ИХ ПРИМЕНЕНИЯ / Киевский национальный университет внутренних дел Украины

Статья посвящена вопросам привлечения к административной ответственности родителей или лиц, которые их заменяют, в случае совершения несовершеннолетними детьми, не достигшими возраста административной или уголовной ответственности, противоправных действий, и применение к ним административных взысканий в виде штрафов. Определяются основные моменты, которые обязательно должны быть исследованы и учтены уполномоченными органами при привлечении данной категории субъектов административной ответственности и, соответственно, выборе справедливой меры наказания.

Ключевые слова: привлечение к административной ответственности несовершеннолетних, административные взыскания, штрафные санкции.

Horbach O.V. ADMINISTRATIVE PUNISHMENTS, APPLIED TO PARENTS OR TRUSTEES FOR ILLEGAL ACTIONS OF THE MINOR CHILDREN. THE EXPEDIENCY AND EFFICIENCY OF APPLICATION / National Academy of Internal Affairs, Ukraine

The article is dedicated to questions of the administrative responsibility of parents or trustees if the minor children, who have not reached the age of administrative or criminal liability, fulfill any illegal action. It also touches upon the problems of application of the official penalties, such as fines, to such persons. Some basic moments, which should be necessarily researched and taken into account by the authorized bodies while attraction of the named category of persons to the administrative responsibility and choosing of the fair measure of punishment, are defined.

Key words: bringing in to administrative responsibility of minor, administrative penalties, fine approvals.

Побудова демократичної, правової держави України, утвердження і забезпечення прав людини і громадянина зумовили потребу реформування чинного законодавства України, важливою складовою якого є адміністративне законодавство. Законодавство України про адміністративну відповідальність має своїм завданням охорону суспільного ладу України, прав і свобод громадян, встановленого порядку управління, забезпечення громадського порядку та громадської безпеки.

Однією з складових частин загального інституту адміністративної відповідальності є адміністративна відповідальність неповнолітніх, батьків або осіб, які їх замінюють. Якщо питання адміністративної відповідальності в цілому були достатньо ґрунтовно висвітлені в працях таких учених-адміністративістів, як Д.М. Бахраха, І.А. Галагана, І.П. Голосніченка, С.Т. Гончарука, Є.В. Додіна, А.П. Ключніченка, В.К. Колпакова, М.С. Студенікіної, Ю.О. Тихомирова та інших, то проблема адміністративної відповідальності батьків або осіб, які їх замінюють, висвітлювалась лише частково, і протягом багатьох років не була предметом спеціального дослідження з подальшим застосуванням у правоохоронній практиці.

Удосконалення боротьби з адміністративними правопорушеннями неповнолітніх включає в себе й підвищення ефективності застосування заходів адміністративно-правового впливу до батьків або осіб, які їх замінюють.

Порушення неповнолітніми правових норм тим чи іншим чином пов'язане з можливістю і здатністю батьків або осіб, які їх замінюють, виконувати свою функцію по вихованню дітей. Н.П. Поляков зазначав, що проблема злочинності неповнолітніх значною мірою зводиться до проблеми виховання підлітка і, у першу чергу, виховання в сім'ї [1].

Приділяючи особливу увагу розвитку і вихованню дітей, держава має право пред'являти вимоги до батьків або осіб, які їх замінюють, стосовно належного, більш відповідального ставлення до виконання батьківських обов'язків. А одним із правових засобів, розрахованих на спонукання даної категорії до більш добросовісного виконання своїх обов'язків перед державою і суспільством, є інститут адміністративної відповідальності.

Разом із тим, для законного використання даного засобу необхідно визначитись з наступними положеннями: які конкретні підстави даного виду відповідальності; за яку власну протиправну поведінку і у зв'язку з якими протиправними діями неповнолітніх може наставати адміністративна відповідальність батьків або осіб, які їх замінюють.

Розглядаючи питання особливостей адміністративної відповідальності батьків або осіб, які їх замінюють, не можна не сказати про ті негативні наслідки, які до них можуть бути застосовані, та про умови їх застосування.

КпАП України передбачає, що до батьків або осіб, які їх замінюють, можуть бути застосовані такі адміністративні стягнення:

- 1) за ухилення від виконання батьківських обов'язків – попередження або штраф (ст.184);

- 2) за вчинення неповнолітнім віком від 14 до 16 років адміністративного правопорушення – штраф у розмірі від 3-х до 5-ти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч.3 ст.184);
- 3) за скоєння неповнолітнім злочину, якщо він не досяг віку кримінальної відповідальності – штраф у розмірі від десяти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч.4 ст.184);
- 4) за доведення неповнолітнього до стану сп'яніння – штраф від шести до восьми неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст.180).

Окрім того, ч.2 ст.307 КпАП України визначає, що в разі накладення штрафу на неповнолітнього віком від 16 до 18 років, котрий не має самостійного заробітку, штраф стягується з батьків або осіб, які їх замінюють [2].

Адміністративні стягнення, що застосовуються до батьків або осіб, які їх замінюють, мають багато спільного з аналогічними засобами реалізації адміністративної відповідальності, що застосовуються до інших суб'єктів адміністративно-правових відносин. Так, вони можуть накладатися тільки за діяння, що заборонені адміністративно-правовими нормами і кваліфікуються як адміністративні проступки, у них знаходять своє відображення виховна і каральна функції адміністративної відповідальності, їх застосування можливе тільки при дотриманні, визначених законодавцем, умов.

Разом із тим у них повинні бути і свої особливості, пов'язані зі специфікою адміністративного проступку – підставою застосування таких заходів.

Вони розраховані на те, щоб належним чином вплинути на особу правопорушника, і змусити його діяти в межах і з дотриманням правових норм.

Ми вважаємо, що підставою для застосування адміністративних стягнень до батьків або осіб, які їх замінюють за ч.3, 4 ст.184 КпАП України є особливий різновид адміністративного проступку – фактичний склад, який включає в себе і власну протиправну поведінку цих суб'єктів і протиправні діяння неповнолітніх.

Адміністративні стягнення, у даному випадку, застосовуються до батьків, але остаточною метою їх застосування є недопущення скоєння неповнолітніми правопорушень чи злочинів.

Тому дані стягнення направлені на те, щоб змусити батьків добросовісно виконувати покладені на них обов'язки – до такого їх виконання, яке б виключало можливість порушення їхніми дітьми правових норм.

При визначенні адміністративних стягнень за ті чи інші правопорушення законодавством враховується не тільки ступінь їх шкідливості, але й характер проступку і мета, що переслідується застосуванням стягненням. Саме особливим характером правопорушень, зазначених вище, можна пояснити той факт, що встановлюючи адміністративну відповідальність батьків або осіб, які їх замінюють, за протиправні діяння неповнолітніх, законодавець не застосовує до них адміністративних стягнень, звернених на особу правопорушника, а встановлює тільки штраф. Застосування штрафу, на відміну від стягнень, звернених на особу правопорушника, не створює перешкод для виконання батьківських обов'язків.

Разом із тим, особливість проступку, що є підставою для накладення штрафу на батьків, вимагає наявності спеціальних норм, які б: по-перше, враховували вимоги законодавства, що регламентує загальні питання встановлення і застосування штрафів; по-друге, враховували б належну мірою специфіку правопорушення, що є підставою для застосування штрафів для цих суб'єктів:

- 1) притягнення до адміністративної відповідальності уповноваженим на те органом чи посадовою особою;
- 2) застосування адміністративного стягнення тільки у випадках, прямо встановлених законодавством;
- 3) накладення штрафу тільки на особу, винну в скоєнні адміністративного проступку.

Відповідно до ст.221 КпАП України, справи про притягнення батьків або осіб, які їх замінюють, розглядаються виключно судами.

На нашу думку, це є правильним, оскільки дозволяє об'єктивно і одночасно розглянути питання неправомірної поведінки і батьків, і їх неповнолітніх дітей.

Потрібно відзначити, що загальні вимоги законодавства про застосування штрафів тільки до осіб, винних у скоєнні адміністративного проступку, не знайшли відображення в тих правових нормах, що регламентують застосування штрафів, до розглянутих нами спеціальних суб'єктів.

Дані норми сформульовані таким чином, що не визначають не тільки провини даних осіб, але не визначають їх власні протиправні діяння.

Однак, як справедливо зазначається в літературі, вчинення протиправних діянь неповнолітніми далеко не у всіх випадках відбувається з вини батьків або осіб, які їх замінюють. Такі дії нерідко вчиняються підлітками під впливом інших осіб.

Г.М. Миньковський, наприклад, вважає, що такі дії неповнолітніх можуть бути результатом впливу осіб, які їх оточують, і які можуть протидіяти позитивному впливу сім'ї і бути досить сильним [3].

Крім того, не завжди поведінка батьків або осіб, які їх замінюють, які неналежним чином виконують батьківські обов'язки, може розцінюватись як винна.

У літературі зазначається ряд обставин, за наявності яких порушення батьківських обов'язків не може ставитися в провину цим особам. Ці обставини можна об'єднати у дві групи:

- 1) обставини, які характеризують батьків як вихователів: рівень їх освіти та культури, відсутність елементарних педагогічних та психологічних навичок;
- 2) обставини, що перешкоджають створенню нормальних умов для виховання дітей: хвороба батьків, розлучення та інші.

А.С. Макаренко, звертаючись до батьків, зазначав: "Ваше собственное поведение – самая решающая вещь. Не думайте, что вы воспитываете ребенка только тогда, когда с ним разговариваете, или поучаете его, или приказываете ему. Вы воспитываете его в каждый момент вашей жизни, даже тогда, когда вас нет дома... Родительское требование к себе, родительское уважение к своей семье, родительский контроль над каждым своим шагом – вот первый и самый главный метод воспитания!" [4].

На нашу думку, зазначені вище обставини не виключають вини батьків, однак вони обов'язково повинні враховуватись при визначенні ступеня провини і вибору заходів впливу.

Відсутність прямого зазначення в законі про застосування штрафів до батьків тільки у випадках їх винної протиправної поведінки, створює умови для накладення штрафів лише за те, що на цих осіб покладені батьківські обов'язки.

Однак, як зазначається в правовій літературі, відповідальність настає лише за протиправні винні діяння людей, за їх поведінку, проступки, а не за родинні чи інші зв'язки людей. Крім того, ст.23 КпАП України визначає, що адміністративні стягнення є мірою відповідальності і застосовується з метою виховання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення.

Враховуючи вищевикладене, ми вважаємо за недоцільне застосовувати в практичній діяльності правову норму, передбачену ч.2 ст.307 КпАП України, у якій говориться, що в разі відсутності самостійного заробітку в осіб віком від 16 до 18 років, які вчинили адміністративне правопорушення, штраф стягується з батьків або осіб, які їх замінюють. При такому підході, на нашу думку, порушується важливий принцип юридичної відповідальності – принцип невідворотності, тобто адміністративні санкції можуть бути накладені лише на особу, яка вчинила протиправне діяння. У даному випадку до відповідальності притягується сама особа правопорушника, а от адміністративні стягнення накладаються на осіб, котрі не мають ніякого відношення до факту вчинення адміністративного проступку, і примусові заходи застосовуються до них лише на підставі родинних зв'язків.

Таким чином, ми вважаємо, що загальні законодавчі вимоги про застосування штрафних санкцій тільки до осіб, винних у вчиненні адміністративних проступків, доцільно було б конкретизувати. Необхідна спеціальна норма, яка б визначала особливі фактичні підстави застосування до даних спеціальних суб'єктів штрафних санкцій.

Встановлюючи граничні розміри штрафу за ті чи інші протиправні діяння, законодавець зазвичай враховує ступінь їх шкідливості для суспільства, характер адміністративного проступку, тобто характер дій осіб, які можуть бути піддані штрафним санкціям.

Однак, на нашу думку, ця загальна тенденція не знайшла потрібного відображення в правових нормах, що передбачають адміністративну відповідальність батьків або осіб, які їх замінюють, у зв'язку з протиправною поведінкою неповнолітніх. При встановленні розміру штрафу на дану категорію суб'єктів відповідальності законодавець не бере до уваги їх власні діяння і провину, а опирається лише на діяння підлітків.

Визначаючи розмір штрафу виходячи тільки з протиправної поведінки неповнолітніх, законодавець, по суті, дає однакову юридичну оцінку різній поведінці дорослих: і такій, яка безпосередньо негативно впливає на особистість неповнолітнього, і такій, яка є наслідком недбалого ставлення даних осіб до виконання своїх батьківських обов'язків. Крім того, нерідко трапляються випадки, коли штрафні санкції застосовуються до батьків або осіб, які їх замінюють, котрі взагалі не мають ніякого відношення до неправомірної поведінки своїх дітей. (Як зазначали раніше, мова йде про випадки, коли батьки притягуються до адміністративної відповідальності лише на підставі "родинних" зв'язків).

Виходячи з наведеного, вважаємо за доцільне при встановленні законодавцем граничних розмірів штрафів, розрахованих на застосування до батьків або осіб, які їх замінюють, враховувати, перш за все, характер їх власної поведінки (чи створює вона реальні умови для протиправної поведінки неповнолітніх), форму їх вини, а також характер діяння підлітків.

Таким чином, ми вважаємо, що при притягненні батьків або осіб, які їх замінюють, до адміністративної відповідальності за протиправні вчинки неповнолітніх, при визначенні розмірів штрафних санкцій, окрім матеріального становища сім'ї, законодавець повинен обов'язково враховувати також:

- а) характер власної поведінки батьків, що зумовила порушення правових норм підлітком, і ступінь їх вини;
- б) характер дії підлітка, а також його особистість.

При такому підході будуть дотримані і принцип законності, що вимагає покарання тільки винної особи, і принцип справедливості – коли розмір покарання відповідає характеру протиправного діяння.

Застосування до батьків або осіб, які їх замінюють, адміністративних стягнень повинно бути не тільки законним і справедливим, але й доцільним. Тобто при встановленні адміністративної відповідальності законодавець повинен чітко уявляти, а чи можливо взагалі подолати відповідні правопорушення виключно за допомогою саме заходів адміністративної відповідальності [5]. При такому підході доцільність пов'язана з проблемою ефективності адміністративної відповідальності – якою мірою застосування адміністративних стягнень за ті чи інші адміністративні проступки сприяє покаранню і вихованню особи, яка їх вчинила, а також запобігає вчиненню нових.

Однак сьогодні можна стверджувати, що норми, якими встановлюється адміністративна відповідальність, є не досить ефективними.

Дійти такого висновку можна, проаналізувавши статистичні дані притягнення до адміністративної відповідальності розглядуваних нами спеціальних суб'єктів. Так, відповідно до статистичних даних МВС України до адміністративної відповідальності за ст.184 КпАП України було притягнуто: у 1997 р. – 5318 осіб; у 1998 – 16876; 1999 – 17202; 2000 – 17797; 2001 – 17458. Крім того, відповідно до цих даних, за матеріалами підрозділів КМСН судами позбавлено батьківських прав: 1997 – 1052; 1998 – 2032; 1999 – 1933; 2000 – 2406; 2001 – 2652.

Як справедливо, на нашу думку, зазначає Д.М. Лук'янець для розробки рекомендацій щодо підвищення ефективності адміністративно-правових санкцій, а відтак для реалізації принципу доцільності адміністративної відповідальності суттєве значення має висновок про те, що “причиною більшості адміністративних проступків виступає не деформація особистості правопорушника, а виникаюча конкретна життєва ситуація, яка звичайно сприймається порушником крізь власний інтерес, який створює можливість прийняття вигідного для нього, але неправомірного рішення” [6].

Досліджуючи проблеми законності, справедливості і доцільності застосування адміністративних стягнень даних суб'єктів, не можна не зупинитися на питанні повторності.

Правова норма, що передбачає адміністративну відповідальність батьків або осіб, які їх замінюють, у зв'язку з неправомірною поведінкою підлітків, взагалі не містить такої ознаки, як повторність. Тобто, законодавець не визначає, як повинно вирішуватись питання про притягнення даних суб'єктів до відповідальності, у разі якщо їх діти неодноразово порушують норми адміністративного чи кримінального права.

На практиці подібне питання вирішується шляхом накладення штрафних санкцій у більшому розмірі.

Але ми вважаємо, що для вирішення даного питання саме таким чином не завжди існують законні підстави.

Наприклад, якщо батьки були вже піддані адміністративному стягненню за свою поведінку, змінили її, почали добросовісно ставитися до виконання своїх обов'язків, то карати їх, навіть у випадку повторного вчинення їхніми дітьми адміністративного проступку, вже нема за що.

Якщо ж до батьків вже застосовувались заходи відповідальності, але вони і надалі продовжують негативно впливати на своїх неповнолітніх дітей або ж неналежним чином виконувати свої обов'язки і знову допустили правопорушення підлітком – у такому випадку можна говорити про повторне правопорушення. За таких обставин накладення штрафу буде і законним і справедливим, хоча, на нашу думку, не досить ефективним.

Ми вважаємо, що, з огляду на такі ситуації, у процесі реформування інституту адміністративної відповідальності законодавець повинен передбачити систему взаємозаміни адміністративних стягнень. Нам здається, що така взаємозамена можлива за наступних обставин:

- 1) якщо адміністративні стягнення не можуть бути виконані за об'єктивних причин;

- 2) якщо застосування заходів відповідальності не призвели до бажаних наслідків.

Відсутність в адміністративно-правовій нормі юридичних наслідків, які б наставали для батьків або осіб, які їх замінюють, у результаті вчинення неповнолітніми повторних правопорушень (за наявності вини батьків), призводить до того, що дорослі не реагують належним чином на штрафні санкції, що застосовуються до них неодноразово.

На нашу думку, припинення протиправної поведінки батьків за допомогою адміністративних стягнень може здійснюватись більш ефективно, якщо:

- a) встановити такі адміністративні стягнення, які б були розраховані на тривалий вплив на них (наприклад, офіційне застереження з випробним строком);
- б) передбачити в законі можливість більш інтенсивного правового втручання в тих випадках, коли адміністративні стягнення не здійснюють належного впливу і їх протиправна поведінка набуває злочинного характеру.

Усе вищевикладене з даного питання дозволяє нам зробити висновок про значні проріхи в нормах матеріального права, що розраховані на застосування до батьків або осіб, які їх замінюють, штрафних санкцій. Ці норми не відображають належним чином ні загальних вимог про законне, справедливе і доцільне застосування штрафів, ні специфіки проступків, за які вони передбачаються.

Ми вважаємо, що реалізація законодавцем наших пропозицій, направлених на усунення відповідних прогалин, сприяла б не тільки зміцненню законності притягнення до адміністративної відповідальності батьків або осіб, які їх замінюють, але й підвищенню ефективності санкцій, що до них застосовуються в боротьбі з протиправними діяннями неповнолітніх.

ЛІТЕРАТУРА

1. Поляков Н.П. Актуальные проблемы социалистической криминологии // Вопросы борьбы с преступностью. – М, 1969. – Вып. 9. – С. 169.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Кодекси України: У 3-х кн. – 3-е вид. / Відп. ред. В.Ф. Бойко. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн.1. – С. 5-168.
3. Миньковский Г.М. Некоторые вопросы изучения преступности несовершеннолетних: Предупреждение преступности несовершеннолетних. – М, 1965. – С.47.
4. Макаренко А.С. Сочинения: Т.4 – С.347.
5. Лук'янець Д.М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку. – К, 2001. – С. 57.
6. Там само. – С. 62.

УДК 351.811.123.1

ФУНКЦІЇ ТА ФОРМИ ДІЯЛЬНОСТІ МИТНИХ ОРГАНІВ ПО ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ МИТНОГО РЕЖИМУ

Проценко Т.О., к. н. з державного управління, доцент

Національна академія державної податкової служби України

У статті проаналізовані основні функції митної системи України, розкрито їх зміст, визначені форми діяльності митних органів щодо реалізації виявлених функцій. Крім того, розглянуто зміст категорії „митний режим”, проведена класифікація передбачених законодавством України митних механізмів, виявлені особливості загального митного режиму, як одного з основних його видів.

Ключові слова: митна система, митний режим, митні органи, митні тарифи.

Проценко Т.А. ФУНКЦИИ И ФОРМЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТАМОЖЕННЫХ ОРГАНОВ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ТАМОЖЕННОГО РЕЖИМА / Национальная академия государственной налоговой службы Украины

В статье проанализированы основные функции таможенной системы Украины, раскрыто их содержание, определены формы деятельности таможенных органов по реализации выявленных функций. Кроме того, рассмотрено содержание категории «таможенный режим», проведена классификация предусмотренных законодательством Украины таможенных механизмов, выявлены особенности общего таможенного режима, как одного из основных его видов.

Юридичні науки

Ключевые слова: таможенная система, таможенный режим, таможенные органы, таможенные тарифы.

Protsenko T.O. THE FUNCTIONS AND FORMS OF ACTIVITY OF CUSTOMS BODIES, PROVIDING CUSTOMS MODE / National Academy of the State Tax Service of Ukraine

The basic functions of customs system of Ukraine are analyzed, their essence is researched, the forms of activity of customs bodies on realization of the revealed functions are determined. Besides the author explains the essence of "customs mode", suggests the classification of customs mechanisms, stipulated by the Ukrainian legislation., reveals the features of the general customs mode, as one of its kinds.

Key words: custom system, custom mode, custom organs, custom tariffs.

Митна система являє собою розгалужену мережу митних органів, які наділені державно-владними повноваженнями. Відокремлення митної системи на теперішній час від Міністерства фінансів обумовлено передусім не тільки специфічністю завдань – забезпечення митного режиму шляхом контролю та митного оформлення предметів і транспортних засобів, що переміщуються через кордон, але і значним обсягом та змістом функцій, які необхідні системі для вирішення зазначених завдань.

До цього часу законодавець чітко не визначив функцій системи та не розкрив їх змісту. Не зроблено цього і в Митному кодексі України. Але аналізуючи діючі законодавчі акти, можна зробити висновок, що основними функціями митної системи є: фіскальна, регулятивна та правоохоронна, а також надання митних послуг підприємцям, які спрямовані на забезпечення належного митного режиму та економічної безпеки держави в цілому. Так, фіскальна функція є найважливішою в митній системі незалежно від устрою держави. Забезпечуючи митний режим за допомогою фіскальної функції, надходять основні платежі до бюджету такі як: ПДВ, мито, акциз, митні збори. Очевидно, що наповнення бюджету і визначає доцільність створення митної системи. Не менш важливе значення в діяльності митної служби має регулятивна функція, завдяки якій забезпечується дотримання вимог міжнародних митних норм і стандартів. Вона здійснюється шляхом встановлення ставок митних зборів, що застосовуються до товарів, які переміщуються через кордон, а також заборон і обмежень на ввезення і вивезення товарів, ліцензування, квотування експорту та імпорту; видачі дозволів на ввезення і вивезення окремих товарів тощо. Що стосується правоохоронної функції митної діяльності при забезпеченні митного режиму, то вона полягає в захисті державної безпеки країни, громадського порядку, життя і здоров'я людей, моральності суспільства, в охороні тварин, рослин, навколишнього середовища, забезпеченні інтересів вітчизняних виробників та споживачів, припиненні незаконного обігу наркотиків, зброї, предметів художнього та історичного значення.

Відомо, що світове співтовариство, у тому числі й Україна, намагається спростити митний режим переміщення товарів через кордон. Так, члени ЄС через механізми міжнародних торгових угод і митних конвенцій досягають зазначеної мети. А всесвітня митна організація, створюючи сучасну схему координованих взаємовідносин між торговими і митними органами її членів, вимагає повної ліквідації митних зборів.

В Україні митні органи, крім загальнодержавних податків і зборів, у відповідності до діючих правових норм, стягують митні збори за виконання покладених на митницю обов'язків щодо надання митних послуг. Крім того, митні органи надають послуги, які не входять до кола їх обов'язків (надання консультацій із питань переміщення товарів у відповідних митних режимах, класифікації товарів, митним брокерам та митним перевізникам із питань посередницької діяльності, надання текстів нових нормативно-правових актів із питань митної справи, надання відомостей ліцензійних реєстрів, копіювання документів тощо). Зазначений широкий спектр діяльності обумовлює різноманітність форм їх діяльності щодо реалізації існуючих функцій.

Митний режим був і залишається основною категорією митного законодавства. Поняття «митний режим» (англ. – Customs regime) служить для визначення конкретного порядку переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон залежно від їх призначення (мети переміщення), умов знаходження й використання на (або поза) митній території України, порядку здійснення митного контролю, визначення розмірів митних платежів.

Правовий режим визначається:

- а) як порядок регулювання, виражений у комплексі правових засобів, що характеризують особливе сполучення взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань і створюють особливу спрямованість регулювання [1];
- б) як комплекс соціального взаємозв'язку (суспільних відносин) деякого об'єкта або виду діяльності, закріплений юридичними нормами і забезпечений сукупністю юридично-організаційних засобів;
- в) як порядок регулювання, комплекс правових засобів, що характеризують особливе поєднання взаємодіючих дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань і створюють особливу спрямованість регулювання [2].

Д.М. Бахрах також указав, що категорія «правовий режим» ставить собі за мету параметр двоякого роду: по-перше, мати особливий соціальний статус суспільних відносин (соціальний режим об'єкта), які регулюються ним, відокремлюються, як правило, специфічними цілями і завданнями; по-друге, використовувати особливу правову матерію, що закріплює принципи, форми й методи діяльності, прав та обов'язків суб'єктів [3].

Що стосується адміністративно-правових режимів, то їх своєрідність проявляється в особливому порядку виникнення і формування змісту прав та обов'язків учасників адміністративно-правових відносин та їх здійснення, наявності специфічних санкцій, особливих засобів їх реалізації, а також у дії єдиних принципів, загальних положень, які поширюються на певну сукупність правових норм.

Існує й класифікація загального митного режиму, який поділяється на звичайний, особливий (пільговий) і посилений. За ознакою об'єкта загальний режим можна поділити на: режими товарів; режими транспортних засобів; режими валют і валютних цінностей [4]. Водночас загальний митний режим має і свої особливості. На це звернув увагу О. Нападистий, зауваживши, що правила цього режиму поширюються на всі суб'єкти митної справи, охоплюють усю сферу митної діяльності, пов'язану з переміщенням товарів через митний кордон, застосуванням при цьому митного контролю й митного оформлення, обкладанням митом і митними зборами, а також заборонаю ввезення чи вивезення окремих товарів і предметів. Його правила діють на всій митній території України, у межах митного кордону і здійснюються постійно в часі.

Ще на одну особливість звернув увагу К.К. Сандровський. Він відзначив, що держава з огляду на свій суверенітет зберігає повну свободу у тому, що стосується вирішення, обмеження, заборони й узагалі регулювання в тій чи іншій формі ввозу до країни або вивозу з неї товарів, цінностей тощо відповідно до своїх основних принципів зовнішньоторговельної політики, найважливішою частиною якої є митна політика. Але встановлюючи митний режим, держави не можуть не рахуватися із загальною визначеними принципами й нормами міжнародного права [5]. Інструментом митної політики є передбачені як національним законодавством, так і міжнародними договорами митні тарифи й система заходів нетарифного регулювання (ліцензування, контингентування, квотування), яка будується в наш час, зазвичай, з урахуванням міжнародних стандартів у цій царині. Усі ці засоби взаємопов'язані між собою й утворюють, у свою чергу, поняття «митний режим» [6].

З урахуванням вищевикладеного й відповідно до Митного кодексу України (МКУ 1991 р., так і в редакції від 11 липня 2002 р.) можна визначити такі види загального митного режиму, як: звичайний, пільговий та посилений, національний, найбільшого сприяння та спеціальний.

Уперше в Україні перелік митних режимів було наведено в затвердженій Наказом Держмитслужби України № 307 від 9 червня 1997 р Інструкції про порядок заповнення вантажної митної декларації [7]. У додатку 2 до цього Наказу було наведено 15 режимів, а в примітках зазначалося, що деякі з них (приміром «Переробка під митним контролем», «Вільна митна зона», «Вільний митний склад») у зв'язку з відсутністю підстав для їх застосування на території України не використовуються при митному оформленні вантажів. Не застосовувалися й деякі інші режими. Листом Держмитслужби України від 17 червня 1997 р. [8] використання митних режимів реекспорту й реімпорту, митне оформлення товарів та інших предметів, заявлених митному органу як реімпорт або з метою реекспорту, пропонувалося здійснювати на загальних підставах і відповідно до сплати всіх митних платежів. Це свідчило про те, що довгий час не було законодавчого врегулювання і визначення механізму застосування цих режимів.

Тому виокремлення в Митному кодексі 2002 р. тринадцяти митних режимів (ст.185) свідчить про зовсім новий рівень становлення цього основного інституту митного права. У розділі VII «Митний режим щодо товарів і транспортних засобів, які переміщуються через митний кордон України» дається визначення кожного із запроваджених режимів, визначаються умови його використання.

У статті 1 МК України поняття «митний режим» визначено як *сукупність норм, встановлених законодавством України з питань митної справи, що залежно від заявленої мети переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України визначають порядок такого переміщення й обсяг митних процедур, які при цьому здійснюються.*

Правовий механізм використання передбачених МК України митних режимів об'єктивно припускає створення гнучких митно-правових інструментів їх регулювання. Вироблення цих інструментів – свого роду результат адаптації до різноманітних потреб учасників зовнішньоекономічної діяльності. Взагалі використання будь-якого митного режиму має цільовий і індивідуалізований характер. Отже законодавство, яке визначає порядок використання митних режимів, повинно комплексно регулювати усі аспекти їх застосування. В ідеальному варіанті використання всіх зазначених у МК України митних режимів на практиці повинно регламентуватися спеціальними положеннями, затвердженими Державною митною службою України. Розроблення положення про конкретний митний режим повинно бути здійснене на підставі відповідних статей МК і охоплювати, як правило, усі основні питання, які виникають на практиці у зв'язку з розміщенням товарів і транспортних засобів під даний режим.

Відставання в правовому регулюванні митного механізму та правовому визначенні форм і функцій діяльності податкової служби може негативно відобразитися на економічних інтересах України та її міжнародному іміджі [9].

ЛІТЕРАТУРА

1. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. – М., 1989. – С. 185.
2. Адміністративне право України: Підручник / За ред. Ю.П. Битяка. – 2001. – С. 245.
3. Бахрах Д.Н. Административное право. – М., 1993. – С. 279.
4. Бахрах Д.Н. Административное право. – М., 1993. – С. 280; Бахрах Д.Н. Административное право. – М., 1996. – С. 219; Кивалов С.В. Средства осуществления таможенной политики в Украине. – Одесса, 1995. – С.21.
5. Сандровский К.К. Таможенное право. – К., 1974. – С. 47.
6. Сандровский К.К. Таможенное право в Украине: Национальное и международное. – К., 2000. – С. 3.
7. Наказ Держмитслужби України №307 від 9 червня 1997 р. // Офіційний вісник України. – 1997. – № 40. – Ст.121.
8. Лист Держмитслужби від 17 червня 1997 р. // Бізнес. – 1997. – № 28. – С. 19.
9. Крячко А.В. Захист предметів, що містять об'єкти інтелектуальної властивості, при переміщенні через митний контроль // Митна справа. – 2005. – №1. – С.80-87.

УДК 342.92 (477)

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТА ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

Гулевська Г.Ю., к.ю.н., доцент

Запорізький національний університет

Стаття присвячена аналізу основних нормативних засад, зокрема і перспективної спрямованості, та доктринальних положень щодо визначення правової природи нотаріальної діяльності як об'єкта державного регулювання, її сутності та функцій.

Ключові слова: нотаріат, нотаріальна діяльність, державне регулювання, публічно-правовий, приватно-правовий, державне управління.

Hulevs'ka A.Y. THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF DEFINING OF THE LEGAL NATURE OF NOTARIAL ACTIVITY AS OBJECT OF STATE REGULATION IN UKRAINE / Запорізький національний університет, Україна

Стаття посвячена аналізу основних нормативних положень, в частині і перспективного напрямлення, і доктринальних положень относительно определения правовой природы нотаріальної діяльності як об'єкта державного регулювання, її сутності і функцій.

Ключевые слова: нотариат, нотариальная деятельность, государственное регулирование, публично-правовой, частно-правовой, государственное управление.

Hulevs'ka H.Y. THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF DEFINING OF THE LEGAL NATURE OF NOTARIAL ACTIVITY AS OBJECT OF STATE REGULATION IN UKRAINE / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the analysis of the basic normative principles, including perspective oriented, and doctrinal positions, concerning the defining of the legal nature of notarial activity as object of state regulation, its essence and functions.

Key words: notariate, notarial activity, state regulation, public and legal, private and legal, government.

Актуальність дослідження правової природи нотаріальної діяльності як об'єкта державного регулювання зумовлена декількома чинниками як суто теоретичного, так і практичного характеру, та тісно пов'язана із триваючими нині процесами реформування державної системи управління взагалі [2,15; 3,11] та, зокрема, реформуванням державного регулювання нотаріальної діяльності в Україні, що у свою чергу

висуває нові завдання перед наукою адміністративного права [1, 20-23]. Крім того, для вдосконалення функціонування системи державного регулювання нотаріальної діяльності слід враховувати всі особливості об'єкта, стосовно якого здійснюється державне регулювання.

Свій погляд на правову природу нотаріальної діяльності висловили майже всі науковці, що займаються даною проблематикою – найбільш повно здійснено розгляд цього питання в роботах таких українських науковців, як С. Фурса, В. Комаров, В. Баранкова, Л. Радзівська, С. Пасічник, В. Черниш, та російських дослідників організації нотаріальної діяльності – Г. Романовського, О. Романовської, В. Аргунова, Ю. Філімонова, В. Яркова та ін.; певну увагу приділяють цьому питанню і практичні працівники, діяльність яких пов'язана з організацією нотаріальної діяльності в Україні (наприклад, Л. Павлова, В. Марченко, І. Сидоров) та в Росії – Г. Черемних, А. Тихенко, В. Жуйков та інші. Серед представників радянської науки слід назвати Н. Авдєєнко, М. Кабакову, Ф. Лєсницьку, А. Клеймана, М. Авдюкова та інших, однак зазначимо, що хоча дані погляди зберегли свою незмінну наукову цінність, вони потребують аналізу їх під кутом значного оновлення. Разом із тим, слід визнати недостатність уваги саме з боку науковців-адміністративістів. Так, на сьогоднішній день аналіз зазначеного питання відбувається, як правило, лише через призму законодавства про нотаріат та обмежується обсягом підручника, тобто майже відсутні повні та комплексні дослідження з питання, які б визначали специфіку об'єкта організаційно-правового впливу держави на нотаріальну діяльність.

Саме поняття нотаріату доцільно розглянути як з точки зору законодавчого визначення, так і з точки зору доктринальних поглядів на правову природу інституту нотаріату та нотаріальної діяльності, тому загальною метою даної статті постає аналіз чинного нормативного визначення та положень перспективного законодавства, систематизація та узагальнення існуючих у літературі наукових поглядів, теорій та концепцій щодо сутності інституту нотаріату та нотаріальної діяльності, що в цілому і складає правову природу нотаріальної діяльності як об'єкта державного регулювання, та формулювання власного бачення окресленого питання.

У радянській юридичній науці нотаріат трактувався перш за все як система державних органів та посадових осіб, на яких покладено вчинення нотаріальних дій [11, 3; 4, 14]; визначається, що сама нотаріальна діяльність, предметом якої є безспірні справи, має правовий, попереджувальний характер, запобігаючи правопорушенням, надаючи документам безспірного характеру. Найбільш поширеною в літературі на той час була концепція щодо віднесення нотаріальних органів до складу органів державного управління, а самої нотаріальної діяльності як адміністративної [10, 7; 4, 16].

Сучасне нормативне визначення нотаріату міститься в ст.1 Закону України “Про нотаріат”, де встановлено, що нотаріат в Україні – це система органів та посадових осіб, на яких покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчинять інші нотаріальні дії, передбачені законом з метою надання їм юридичної вірогідності. Як бачимо, з точки зору законодавчого визначення нотаріат трактується як певна організаційна система, визначальною ознакою якої є єдність спеціальних суб'єктів, зумовлена спільністю завдань.

Аналізуючи наведене нормативне визначення, українські дослідники нотаріату Л. Радзівська та С. Пасічник виділяють наступні завдання нотаріату: захисті охорона власності, прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб; зміцнення законності та правопорядку; запобігання можливим правопорушенням [16, 9-10].

Досить поширена серед науковців точка зору про юрисдикційну та правоохоронну природу нотаріату (В. Аргунов [13, 3], Н. Полтавська, В. Кузнецов [12, 10] та ін.); таке бачення доповнюється також вказівкою на функцію кваліфікованої юридичної допомоги (Г. Романовський та О. Романовська [17, 9], Т. Калініченко [8, 38] та ін.).

Не погоджується з ототожненням нотаріальної функції з різновидом кваліфікованої юридичної допомоги Ю. Філімонов, вказуючи на відсутність самостійного характеру консультацій, що надаються нотаріусами, та розглядаючи нотаріальну діяльність як державно-управлінську за своїм функціонально-компетенційним напрямком, яка носить адміністративний характер, але застосування її відбувається у сфері цивільного обігу [19, 16].

Останнім часом поширюється погляд на нотаріат як на орган, близький до суду, який здійснює “превентивне правосуддя”, причому визначення нотаріату як органу превентивного правосуддя стає дедалі популярним як серед нотаріальної спільноти, так і серед науковців, що займаються питаннями нотаріату. Зазначимо, що саме формулювання поняття “превентивного” правосуддя запозичене в 1994 році із Резолюції Європейського парламенту А3-0422/93, де відзначено, що “нотаріус, виконує функцію попереджувального правосуддя, дозволяючи не доводити справу до суду, шляхом усунення або зниження імовірності виникнення спорів”(п.3) [17, 19-22].

“Виконуючи функції попереджувального правосуддя з посвідчення безспірних фактів, засвідченням документів, наданням документам виконавчої сили, що має важливе значення для життєвих інтересів

громадян та діяльності юридичних осіб, нотаріус сприяє забезпеченню правової стабільності у суспільстві”, – пише в статті “Коли працює нотаріус – суди відпочивають” М. Тоцький [18,20]. Судову і нотаріальну діяльність об’єднують деякі загальні риси – вважають В. Комаров та В. Баранкова, та покладають в основу характеристики нотаріату як інституту превентивного правосуддя розуміння його як органу, покликаного не здійснювати судові функції, а сприяти досягненню завдань правосуддя і запобігати виникненню судових суперечок за допомогою попередження порушення цивільних прав і інтересів, забезпечення їх належної реалізації, що можна назвати превентивним захистом – саме такого висновку доходять В. Комаров та В. Баранкова [9, 63-64].

Аналізуючи правову концепцію нотаріальної діяльності, С. Фурса доходить висновку, що однозначно погодитись з В. Комаровим та В. Баранковою щодо віднесення нотаріату до інституту превентивного правосуддя неможливо, хоча це поняття є слухним, коли бажання клієнтів суперечить законам. “Основна роль нотаріату має стосуватись більшості осіб, що звертаються за вчиненням нотаріальних дій, тобто бути ширшою, ніж превентивне правосуддя”, – цілком справедливо зазначає С. Фурса, та виділяє правоохоронну, правозахисну, правоаналізуючу та праворегулюючу функції нотаріату [20, 102].

До речі, у проєкті нового Закону «Про нотаріат» Російської Федерації пропонується закріпити на законодавчому рівні поняття нотаріату як інституту превентивного правосуддя, яке визначено як спосіб попередження судових спорів шляхом посвідчення нотаріусом у публічно-правовому порядку угод, безспірних прав та фактів із метою надання їм юридичної вірогідності, забезпечення визначеності та стабільності цивільного обігу. Закріплення в проєкті зазначених положень піддається критиці з боку російських науковців: вказується на доцільність зміни формулювання і визнання нотаріату як інституту, що лише здійснює функції з приводу попередження правових спорів [15].

Звичайно, застосування термінів “превентивне правосуддя”, “превентивний захист” має право на існування, підкреслюючи дійсно важливу роль нотаріальної діяльності, яка, здійснюючи охорону та захист прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, запобігає цивільних правопорушень, що, звичайно, сприяє зниженню навантаження на судову систему (що призводить до економії грошей і часу не лише для сторін, а й для органів держави). Сама ідея попередження нотаріусами спорів без сумніву заслуговує на увагу – на цьому не раз наголошувалося під час Міжнародних конгресів Латинського нотаріату, зокрема на конгресі, який відбувався у 2001 році в Афінах, превентивна функція нотаріату стала однією з основних тем – всім державам, які належать до системи латинського нотаріату було рекомендовано підтримувати та розвивати повноваження нотаріусів у зазначеній сфері. Приведення до одного знаменника різних інтересів, як індивідуальних, так і публічних, ще на стадії формування волі є природною роллю нотаріуса, яку він повинен виконувати в розвинутому з економічної, соціальної та правової точки зору суспільстві (так, у світовій практиці склалися наступні форми реалізації превентивної функції нотаріату – нотаріальна рада, медіація та арбітраж).

Можна наводити різні аргументи для обґрунтування або заперечення цієї концепції. Однак з точки зору юридичної термінології та нормативних дефініцій навряд чи вірно характеризувати нотаріат як інститут правосуддя, навіть і превентивного, визнаючи деякі загальні завдання суду та нотаріату (зумовлені, на нашу думку, єдністю мети, що стоять перед правохоронними органами держави взагалі), зазначимо, що, на відміну від суду, здійснюються вони органами нотаріату, тільки їм присутніми засобами. Крім того, слід обережно поставитись до поняття “правосуддя”, використання якого в даному випадку є дещо некоректним, враховуючи, що згідно з положеннями Конституції та законодавства про судоустрій правосуддя здійснюється виключно судами. На це, до речі, вказував в останніх роботах і В. Черниш, пропонує замінити термін „превентивне правосуддя” на „превентивну юстицію” [22, 116].

Вважаємо, що поняття нотаріату як органу попереднього правосуддя недоцільно класти в основу визначення правової природи нотаріальної діяльності та тим більше приймати на концептуальному рівні при підготовці законопроектів. Тобто виділяючи превентивне правосуддя як теоретичну конструкцію, слід обережно використовувати її з точки зору законодавчої техніки. Даний термін має публіцистичний, емоційний характер і може вільно застосовуватися в періодичних та наукових публікаціях, але не є прийнятним для законодавчого закріплення.

Ще однією поширеною концепцією є розуміння публічно-правової природи нотаріальної діяльності: В. Голованов вважає, що нотаріат у постсоціалістичному суспільстві правомірно віднести до публічно-правового інституту перш за все тому, що він виконує публічну функцію захисту інтересів громадян у поєднанні з інтересами всього суспільства та держави [7, 120]; В. Ярков теж зазначає, що за організацією, функціями, формами їх реалізації та характером контролю і основними складовими, нотаріальна діяльність має публічно-правовий характер [23, 31]. На публічно-правову сутність вказують також Ю. Філімонов [19, 17], Г. Романовський та О. Романовська [17, 17] тощо.

Власну позицію займає С. Фурса, яка вважає, що “при тому, що посада нотаріуса дійсно є публічною, що визначається доступністю нотаріальної діяльності...сам зміст нотаріальної діяльності позбавлений характеру публічності, що забезпечується таємницею вчинюваних нотаріальних дій» [21, 64]. Не

погоджується С. Фурса також із застосуванням терміна “публічна влада” щодо характеру нотаріальної діяльності, оскільки нотаріату не властива владність взагалі, властивий скоріш авторитет [21, 301]. Однак більшість українських науковців поділяють погляд щодо публічно-правових засад нотаріальної діяльності [16, 23; 9, 51].

Зазначимо, що розуміння публічно-правової природи нотаріальної діяльності стало визначальним для закріплення поняття нотаріату як публічно-правового інституту у всіх законопроектах нової редакції закону “Про нотаріат”, що внесені на розгляд до Верховної Ради.

Остаточний (на сьогоднішній день) текстпроєкту Закону України “Про нотаріат” (внесений на розгляд до Верховної ради 12.01.2004 року групою народних депутатів (В. Мусякою, В. Онопенком, Ю. Кармазіним та В. Мойсиком) визначає нотаріат як публічно-правовий інститут, який покликаний забезпечувати позасудову охорону та захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, територіальних громад, а також держави шляхом вчинення в межах безспірних правовідносин нотаріальних дій, передбачених цим Законом, і заснований на єдиних принципах, формах та методах організації та здійснення нотаріальної діяльності, а також державного регулювання цієї діяльності. У свою чергу, нотаріальною діяльністю в Україні визнається незалежна професійна діяльність уповноваженої державою особи, на яку покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної достовірності [14].

У процесі обговорення вищенаведених законопроєктів у літературі були висловлені певні критичні зауваження: в основному критиці піддавалися використання термінів “публічно-правовий інститут” та “позасудове правове забезпечення” та вказувалося на те, що вживання даних термінів більш прийнятне для правової науки, а не для текстів законодавчих актів [21, 31; 6, 30].

Висловлюючи свої зауваження, зазначимо, що необхідно відрізнити теоретичні (наукові) поняття та конструкції та нормативно-правові визначення, які повинні відповідати певним вимогам юридичної техніки: бути лаконічними, ясними та доступними для сприйняття більшості населення. Однак водночас, нормативно-правові визначення повинні відображати і той позитивний вплив та досвід правової науки, вбирати останні наукові досягнення. Наведені вище варіанти визначення нотаріату та нотаріальної діяльності не є досконалими, однак неможливо заперечувати і позитивні тенденції, що містяться в законопроєктах, тому остаточний варіант повинен увібрати все позитивне, що пропонується. Так, аналізуючи визначення нотаріату, слід акцентувати увагу на розумінні його як певної системи органів та уповноважених осіб, об'єднаних спільною метою – охороною та захистом прав та законних інтересів фізичних осіб (а не лише громадян, як передбачено чинним законодавством) та юридичних осіб, територіальних громад та держави. Щодо визначення змісту нотаріальної діяльності, то воно якраз і повинно відобразити основні завдання, функції та суть нотаріальної діяльності, яка, маючи правовий, підтверджувальний характер та надаючи документам безспірного характеру публічно визнаної сили, юридично закріплює цивільні права з метою попередження в подальшому їх можливого порушення або є засобом захисту вже порушеного права.

Таким чином, здійснюючи правозастосовчу діяльність, захищаючи суб'єктивні права і законні інтереси фізичних і юридичних осіб, фіксуючи і посвідчуючи безспірні права осіб, нотаріат сприяє створенню ефективних умов для розпорядження власністю та її охорони, та наданню суб'єктивним правам публічної сили (офіційного визнання від імені держави), з одного боку, та з іншого, здійснює делеговану від держави функцію контролю в сфері цивільного обігу, – саме в реалізації цих аспектів полягає розуміння публічно-правової природи нотаріальної діяльності (як державної, так і приватної). Однак, враховуючи арсенал методів та засобів здійснення нотаріальної діяльності, можливо дійти висновку про відсутність в органів нотаріату владних повноважень: у нотаріальній діяльності присутня публічність, але відсутня владність.

Отже, характеризуючи нотаріальну діяльність як об'єкт державного впливу, слід акцентувати увагу на визначенні двох основних притаманних їй особливостей: по-перше, змінюючи або доповнюючи деякі свої функції на певних етапах свого розвитку, нотаріальна діяльність залишається незмінною за своєю основною (публічно-правовою) суттю та призначенням; по-друге, у рамках одного об'єкта державного регулювання співіснують два елементи, різнопорядкові за своїм правовим статусом – державний нотаріат та приватний, причому правовий статус останнього характеризується дуалістичним статусом при органічному поєднанні публічно-правових (функціонального значення) та приватно-правових (організаційного значення) засад, при тому, що превалюючим є публічно-правове начало. Саме ці основні особливості нотаріату та нотаріальної діяльності, зумовлюють необхідність державного впливу на процес функціонування зазначеного об'єкта та існування адміністративно-правового механізму його регулювання, з одного боку, та, з іншого – визначають і особливості такого регулювання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Авер'янов В. Адміністративна реформа і правова наука // Право України. – 2002. – № 3. – С. 20-27.
2. Адміністративне право України: Підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О.В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю.П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 544 с.
3. Адміністративна реформа для людини: Науково-популярний нарис / За заг. ред. І. Коліушка. – К.: Факт, 2001. – 72 с.
4. Авдеенко Н.И., Кабакова М.А. Нотариат в СССР: Учебное пособие. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1984. – 143 с.
5. Аргунов В.Н. Каким быть нотариату в России // Вестник Московского университета. – 1994. – № 2. – Серия 11. Право. – С. 20-27.
6. Відгуки на проект Закону України «Про нотаріат» від нотаріусів Волині // Бюлетень юридичної та нотаріальної практики. – 2003. – № 1-2. – С. 29-36.
7. Голованов В.Г. Развитие нотариата в постсоциалистическом государстве (опыт Республики Беларусь) // Государство и право. – 2001. – № 4. – С. 117-120.
8. Калиниченко Т. Конституционные основы деятельности нотариата // Российская юстиция – 2001. – № 7. – С. 37-38.
9. Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотариат и нотариальный процесс. – Х.: Консум, 1999. – 240 с.
10. Нотариат в СССР: Учебник для вузов / Под ред. проф. А.Ф. Клеймана. – М.: Издательство МГУ, – 1960. – 345 с.
11. Нотариат в СССР: Учебник / Под ред. М.П. Авдюкова. – М.: Издательство МГУ. – 1974. – 256 с.
12. Полтавская Н. Кузнецов В. Нотариат: Курс лекций. – М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова. – 1999. – 176 с.
13. Правовые основы деятельности нотариата / Под ред. В. Аргунова. – М.: Издательство БЕК, 1994. – 480 с.
14. Проект Закону України «Про нотаріат», внесений депутатом В. Онопенком, В. Мусіякою, Ю. Кармазіним, В. Мойсиком 14.01.2004 р. // Всесвітня мережа Інтернет.- www.kiev.rada.ua
15. Проект Закона Российской Федерации «О нотариате» // Всесвітня мережа Інтернет.- www.notiss.ru
16. Радзівська Л.К., Пасічник С.Г. Нотаріат в Україні: Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер. – 2001. – 528 с.
17. Романовский Г.Б. Романовская О.В. Организация нотариата в России: Учебное пособие. – М.: ПРИОР. – 2001. – 256с.
18. Тоцкий Н. Когда работает нотариус – суды отдыхают. Так говорили в Древнем Риме // Закон. – 1999. – № 3. – С. 21-24.
19. Филимонов Ю.В. Проблемы и перспективы развития в Российской Федерации институтов нотариата и государственной регистрации // Государство и право. – 1998. – № 11. – С. 15-22.
20. Фурса С. Правова концепція нотаріальної діяльності щодо охорони прав громадян // Право України. – 2000. – № 6. – С. 100-104.
21. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. – К.: Видавництво Істина, 2002. – 319 с.
22. Черниш В. Нотаріат як проблема юридичної логіки: логіка нотаріату і нотаріальна логіка // Право України. – 2003. – №5. – С. 111-116.
23. Ярков В. Публично-правовой характер нотариальной деятельности // Российская юстиция. – 1997. – № 6. – С. 31-32.

КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, СКОЄНИХ ОСОБАМИ РЯДОВОГО ТА НАЧАЛЬНИЦЬКОГО СКЛАДУ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

Цюприк Н.О., викладач

Київський національний університет внутрішніх справ України

Стаття присвячена питанням особливості притягнення до адміністративної відповідальності осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ за вчинення ними протиправних діянь, передбачених КпАП України. У роботі визначена класифікація правопорушень, яка впливає на вид юридичної відповідальності. Визначені окремі стягнення, які можуть бути застосовані у визначених випадках. Надається більш чітка градація даної групи адміністративних правопорушень, яка має важливе практичне значення.

Ключові слова: адміністративні правопорушення, юридична відповідальність осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, стягнення.

Цюприк Н. А. КЛАССИФИКАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ, СОВЕРШЕННЫХ ЛИЦАМИ РЯДОВОГО И НАЧАЛЬСТВЕННОГО СОСТАВА ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ УКРАИНЫ / Киевский национальный университет внутренних дел Украины

В статье раскрываются вопросы особенностей привлечения к административной ответственности лиц рядового и начальственного состава органов внутренних дел за совершение ими противоправных действий, предусмотренных КоАП Украины. В работе проведена классификация правонарушений, которая влияет на вид юридической ответственности. Обозначены отдельные взыскания, которые могут быть использованы в конкретных ситуациях. Проводится четкая градация данной группы административных правонарушений, что имеет важное практическое значение.

Ключевые слова: административные правонарушения, юридическая ответственность лиц рядового и начальственного состава органов внутренних дел, взыскания.

Tsyupryk N.A. THE CLASSIFICATION OF THE ADMINISTRATIVE OFFENCES ACCOMPLISHED BY THE PRIVATES AND THE CHIEF STUFF OF THE LAW-ENFORCEMENT BODIES OF UKRAINE / National Academy of Internal Affairs, Ukraine

The article deals with the problems of attraction of the privates and the chief stuff of the law-enforcement bodies to the administrative responsibility for fulfillment of the illegal actions stipulated by Administrative Offences Code of. In work The classification of offences which influences the kind of the legal responsibility is determined in the research. Some punishments which can be used in certain situation are stressed. There is a precise gradation of the named group of administrative offences that has the important practical value.

Key words: administrative offences, legal responsibility of persons of ordinary and chief composition of organs of internal affairs, penalty.

Класифікація адміністративних правопорушень, за вчинення яких особи рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ несуть юридичну відповідальність, має на меті визначення особливостей такої відповідальності за їх вчинення. Правильна, науково обґрунтована класифікація впливає на вид юридичної відповідальності та на визначення окремих стягнень, які можуть бути застосовані в тих чи інших випадках. Більш чітка градація даної групи адміністративних правопорушень має також важливе практичне значення. Крім того, визначення кола таких проступків у загальній системі адміністративних правопорушень, слугуватиме виробленню пропозицій щодо удосконалення механізму дії цього інституту стосовно осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ.

За допомогою класифікації таких адміністративних правопорушень, на підставі аналізу їх суттєвих ознак, можна визначити і встановити загальні та специфічні риси юридичної відповідальності осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, за вчинення ними адміністративних проступків, найбільш повно відобразити взаємодію і своєрідні переходи одного виду відповідальності в інший [1].

У юридичній теорії та законодавчій практиці застосовуються різні критерії класифікації окремих правопорушень. У загальній теорії права за критерієм такої класифікації, як правило, береться ступінь суспільної небезпеки протиправних діянь, щодо цього правопорушення поділяються на злочини і проступки [2]. Відповідна класифікація в КУпАП використана при конструюванні Особливої частини. Розмежування адміністративних правопорушень за певними ознаками дало можливість віднести їх до окремих глав Особливої частини. Як зауважують окремі вчені адміністративного права, зокрема Д.М. Бахрах, С.Т. Гончарук, І.О. Склярів, для такої класифікації було використано два критерії: родовий об'єкт посягання та галузь (сферу) державного управління.

Насамперед, адміністративні правопорушення, що можуть вчинятися особами рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ, можна поділити на дві умовні групи.

До **першої** входять адміністративні правопорушення, за скоєння яких до осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ застосовуються лише дисциплінарні стягнення.

До **другої** групи входять адміністративні правопорушення, за вчинення яких особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть адміністративну відповідальність на загальних підставах.

Так, в ч.1 ст.15 КпАП України вказується, що військовослужбовці і призвані на збори військовозобов'язані, а також особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть відповідальність за адміністративні правопорушення за дисциплінарними статутами. Проте те, що до осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ в подібних випадках застосовуються дисциплінарні стягнення, не перетворює їхні діяння в дисциплінарні. Серед фахівців у галузі адміністративного права на це вказує Д.М. Бахрах [3]. Він вказує, що фактичною підставою притягнення до дисциплінарної відповідальності осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ є вчинення ними дисциплінарного проступку або порушення правил поведінки в громадських місцях, що за ступенем суспільної небезпеки не є злочинами і підлягають покаранню в адміністративному порядку.

Такої ж думки дотримується і А.А. Тер-Акопов. Він вважає, що особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ у разі вчинення більшості адміністративних правопорушень не несуть дисциплінарну відповідальність, мова йде лише про трансформацію адміністративної відповідальності за правилами Дисциплінарного статуту [4].

На наш погляд, якщо особа рядового чи начальницького складу органів внутрішніх справ допускає окремі порушення громадського порядку, що підпадають під ознаки складу відповідного правопорушення, передбаченого нормами Особливої частини КУпАП, то такі порушення повинні кваліфікуватися як адміністративні проступки, хоча відповідальність для них, згідно з діючим законодавством буде наступати за Дисциплінарним статутом ОВС України.

До **другої** групи входять адміністративні правопорушення, передбачені в ч.1 ст.15 КУпАП, тобто ті, за скоєння яких особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть адміністративну відповідальність на загальних підставах. Але у цій нормі не досить чітко вказуються окремі статті, що містять відповідні склади адміністративних деліктів.

Згідно з ч.1 ст.15 КпАП України особи рядового і начальницького складів органів внутрішніх справ за окремі правопорушення несуть адміністративну відповідальність на загальних підставах. До таких правопорушень відносяться: порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху; санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм; правил полювання, рибальства та охорони рибних запасів; порушення митних правил; вчинення корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних із корупцією; неправомірне використання державного майна; невжиття заходів щодо окремої ухвали суду чи окремої постанови судді, щодо подання органу дізнання, слідчого або протесту, припису чи подання прокурора; ухилення від виконання законних вимог прокурора; порушення законодавства про державну таємницю; контрабанда.

Визначення норми стосовно деяких із них не викликає труднощів, а для визначення інших – необхідно застосовувати теоретичні розробки та нормативно-правові акти України.

Тому другу групу адміністративних правопорушень доцільно поділяти ще на дві підгрупи:

А) адміністративні правопорушення, які чітко визначені в КпАП України. Так, неправомірне використання державного майна передбачається ст.184-1 КУпАП, а невжиття заходів щодо окремої ухвали суду чи окремої постанови судді щодо подання органу дізнання, слідчого або протесту, припису чи подання прокурора – ст.185-6 КУпАП, ухилення від виконання законних вимог прокурора – ст.185-8 КУпАП.

Б) адміністративні правопорушення, які не чітко визначені. Для визначення складу таких правопорушень, окрім КпАП, необхідно застосовувати ще й інші законодавчі акти України. До таких правопорушень належать: порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху; порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм; порушення правил полювання, рибальства та охорони рибних запасів; порушення митних правил; вчинення корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних з корупцією.

Для того, щоб визначити відповідну норму, яка б передбачала б проступок, наведений у переліку, необхідно застосовувати законодавчі акти України та теоретичні розробки науковців. У ч.1 ст.15 КУпАП вказано, що особи рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ можуть нести на загальних підставах відповідальність за порушення норм, правил і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху. Стаття 125 КУпАП встановлює відповідальність за інші порушення правил дорожнього руху, крім тих, що передбачені статтями 121 – 128, ч.1 і 2 ст.129,

статтями 139 і 140 КУпАП. Виходячи зі змісту цієї норми, можна зробити висновок, що саме у вказаних статтях передбачаються порушення правил дорожнього руху, які є адміністративними проступками.

Але не можна ототожнювати поняття “порушення правил дорожнього руху”, “порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху”. Як правильно вказує В.П. Розвадовський, що це різні поняття, що розрізняються як за об'єктами посягання, так і за суб'єктами, які вправі реалізувати відповідальність [5]. Тим більше, якщо буквально слідувати змісту КУпАП, то слід було б визнати, що особи рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ можуть нести адміністративну відповідальність на загальних підставах лише у випадку вчинення правопорушення, яке підпадає під ознаки юридичного складу, передбаченого в ст.128-1 КУпАП. Лише ця норма вказує безпосередньо на порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху. Однак, на нашу думку, адміністративна відповідальність осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ повинна наступати не лише за порушення вимог ст.128-1 КУпАП.

Слід погодитися з думкою В.Й. Розвадовського про те, що правила, норми і стандарти з питань забезпечення безпеки дорожнього руху регламентують вимоги щодо:

- прав і обов'язків учасників дорожнього руху;
- організації дорожнього руху;
- допуску громадян до керування транспортними засобами, реєстрації та обліку їх транспортних засобів;
- перевезення надгабаритних, великовагових та небезпечних вантажів;
- переобладнання та експлуатації (транспортних засобів) учасниками дорожнього руху;
- технічного стану транспортних засобів;
- виконання власниками автомобільних доріг, вулиць та залізничних переїздів вимог безпеки дорожнього руху;
- виготовлення та застосування технічних засобів та автоматизованих систем керування дорожнім рухом;
- охорони довкілля від шкідливого впливу транспортних засобів [6].

Враховуючи такі аргументи до порушень правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення дорожнього руху, слід, зокрема, віднести такі порушення, як випуск в експлуатацію транспортних та інших пересувних засобів із перевищенням нормативів вмісту забруднюючих речовин у викидах (ст.80 КУпАП) і експлуатація авто-, мото-, транспортних та інших пересувних засобів із перевищенням нормативів вмісту забруднюючих речовин у викидах (ст.81 КУпАП), які не передбачені в главі 10 разом із основним масивом порушень цієї групи, а розташовані в главі 7 “Адміністративні правопорушення в галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури”.

Розширеному тлумаченню підлягають також такі поняття, як «порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм». Відповідальність на загальних підставах осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ за вказані проступки було передбачено Законом України “Про внесення змін і доповнень до Кодексу України про адміністративні правопорушення у зв'язку з прийняттям деяких законодавчих актів з питань охорони здоров'я” від 23 грудня 1998 року. Відповідно до цього законодавчого акту ст.236 КУпАП була викладена в новій редакції, що відносить до порушень санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм не лише правопорушення за ст.42 КУпАП, але й правопорушення, передбачені статтями 78, 80 – 83, 90-1, 95, 167, 168-1, 170 КУпАП (коли вони є порушеннями санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм).

Досить проблематично встановити, норми яких статей КУпАП передбачають порушення правил охорони рибних запасів. Відповідальність на загальних підставах для осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ за ці правопорушення передбачена в першій редакції ст.15 Кодексу Української РСР, який містив ст.86 – порушення правил рибальства і охорони рибних запасів та правил китобійного промислу [7]. У чинному КУпАП не передбачена адміністративна відповідальність за таке правопорушення, як порушення правил охорони рибних запасів. Проте в ч.1 ст.15 КУпАП відповідні зміни не внесені, і цей проступок передбачено серед переліку адміністративних правопорушень, за вчинення яких особи рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ притягуються до адміністративної, а не дисциплінарної відповідальності [8]. Окремі норми Особливої частини КУпАП вказують на порушення правил стосовно об'єктів тваринного світу. Це статті 50, 85,85-1, 86-1, 87, 88, 88-1, 90, 91 КУпАП. На наш погляд, лише експлуатація на водних об'єктах водозабірних споруд, не

забезпечених рибозахисним обладнанням (ст.86 КУпАП) може бути віднесена до порушень правил охорони рибних запасів.

Адміністративні правопорушення, передбачені Законом України «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 1995 року, належать до другої групи адміністративних правопорушень, що вчиняються особами рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ. Зумовлюється це тим, що особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ у разі вчинення корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних з корупцією, підлягають адміністративній відповідальності нарівні з іншими суб'єктами, передбаченими в Законі України «Про боротьбу з корупцією», тобто їх специфічний правовий статус не впливає на види і розмір стягнення.

Враховуючи узагальнення судової практики справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові вказав, що корупційними є діяння, названі в пунктах «а» і «б» ч.2 ст.1 Закону України «Про боротьбу з корупцією». Під іншими правопорушеннями, пов'язаними з корупцією, слід розуміти передбачені Законом порушення спеціальних обмежень (ст.5), вимог фінансового контролю (ст.6), невжиття заходів щодо боротьби з корупцією (ст.10), невиконання обов'язків по боротьбі з корупцією (ст.11) [9].

Для з'ясування соціальної зумовленості трансформації адміністративної відповідальності осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ у дисциплінарну (трансформація адміністративної відповідальності в дисциплінарну і обмеження адміністративної відповідальності осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ розглядаються як однопорядкові явища), на наш погляд, потрібно також встановити такі моменти, як можливість, необхідність і доцільність цього явища.

Відповідно до філософських підходів категорія можливості фіксує об'єктивну тенденцію розвитку існуючих явищ, наявність умов їх виникнення або, як мінімум, відсутність обставин, що перешкоджають цьому виникненню. У даному випадку можливість передбачає існування обмеження загальної відповідальності осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ у різні періоди часу, а також у різних суспільно-політичних формаціях.

Необхідно визначити межі виведення осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ з-під компетенції цивільних органів влади у разі вчинення ними адміністративних правопорушень, тобто визначити коло проступків, на які має бути встановлена адміністративно-правова заборона.

Питання соціальної зумовленості заборони поведінки стали предметом досліджень представників науки кримінального права. В адміністративному праві таких розробок не існує. На наш погляд, при визначенні адміністративно караних правопорушень, вчинюваних особами рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, важливу роль повинен відігравати соціально-правовий статус та зміст (специфіка) функцій цих осіб. Це свідчитиме про антигромадський характер протиправного діяння, оскільки такі вчинки порушують умови існування всього суспільства.

Слід зазначити, що Закон України «Про міліцію» і Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України від 29.07.91 р. мають розбіжності зі ст.15 КпАП України в трактуванні адміністративної відповідальності осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ. Зокрема, текст даної норми передбачає, що особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть відповідальність за адміністративні правопорушення за дисциплінарним статутом. За порушення правил, норм і стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху, ...ці особи несуть адміністративну відповідальність на загальних підставах. У зазначених випадках, органи, яким надано право накладати адміністративні стягнення, можуть замість накладених стягнень передавати матеріали про правопорушення відповідним органам для вирішення питання про притягнення винних до дисциплінарної відповідальності.

У Законі України «Про міліцію» в ст.25 вказано, що працівник міліції за свої протиправні дії або бездіяльність несе дисциплінарну чи кримінальну відповідальність. Отже, про адміністративну відповідальність мова не йде, хоча очевидно, що положення цього Закону має відповідати нормам КпАП України. Тому, пропонуємо статтю 26 Закону «Про міліцію» доповнити й адміністративною відповідальністю осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України.

Доцільно зауважити, що в Дисциплінарному статуті органів внутрішніх справ України зазначено, що при порушенні дисципліни особами рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ на них накладається дисциплінарне стягнення, а якщо в їх діях є ознаки злочину, то вони не звільняються від кримінальної відповідальності. Що стосується наслідків адміністративної відповідальності даної категорії осіб, то не згадано ні слова, хоча в КпАП вказано, що особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть відповідальність за адміністративні проступки за дисциплінарним статутом. Слід зазначити, що сам порядок адміністративної відповідальності, а також і заміна адміністративної відповідальності на дисциплінарну в Дисциплінарному статуті не врегульована, хоча вказаний статут повинен відповідати КпАП.

Недоліком чинного дисциплінарного законодавства органів внутрішніх справ є відсутність нормативної регламентації підстав застосування заходів дисциплінарної відповідальності працівників цих органів, за скоєння ними адміністративних проступків. Згідно з законодавством, фактичною підставою для настання дисциплінарної відповідальності працівника органів внутрішніх справ є скоєння дисциплінарного або адміністративного проступку, що впливає зі ст.15 КпАП, де вказано, що особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ несуть відповідальність за адміністративні правопорушення за дисциплінарним статутом.

Це питання є досить актуальним у випадках притягнення до адміністративної відповідальності осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, адже така неврегульованість може тягти за собою несправедливе покарання за скоєння адміністративних проступків або взагалі ухилення від відповідальності вказаної категорії осіб. Тому, вважаємо, що доцільно внести відповідні зміни до Дисциплінарного статуту органів внутрішніх справ України.

Таким чином, запропоновану класифікацію адміністративних правопорушень, які вчиняються особами рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ, на підставі їх законодавчого регулювання складають дві групи. Відрізняються вони між собою при можливості застосування адміністративних стягнень.

Тому пропонуємо ч.1 ст.15 КУпАП сформулювати таким чином, щоб вказувалися номери частин і статей, що передбачають склади адміністративних правопорушень. Це полегшить правозастосовчу практику, оскільки не вимагатиме додаткового тлумачення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М.: Наука, 1982. – 42 с.
2. Рабинович П.М. Основы заальной теории права та держави: Навчальний посібник. – 5-те вид., зі змінами. – К.: Атіка, 2001. – 176 с.
3. Бахрах Д. Н. Административная ответственность граждан в СССР: Учебное пособие. – Свердловск: Изд-во Уральского университета, 1989. – 204 с.
4. Тер-Акопов А.А. Правовые основания уголовной ответственности. – М., 1981. – 64 с.
5. Розвадовський В.Й. Адміністративна відповідальність за порушення норм, правил і стандартів, що торкаються забезпечення безпеки дорожнього руху: Автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.07. / Одеса: Одеська державна юридична академія. – 1998. – 15 с.
6. Там само.
7. Кодекс Української РСР про адміністративні правопорушення: Офіц. текст. – К.: Політвидав України, 1985. – 171 с.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення з постатейними матеріалами: Станом на 1 січня 2001 року / Відп. ред. Е.Ф. Демський. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 1088 с.
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України №13 від 25 травня 1998 року «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією» / Закон і бізнес. – 1998. – С. 18.

УДК 347.962: [347.994:16]

ЕТИЧНІ АСПЕКТИ РОБОТИ СУДДІ ПІД ЧАС СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ

Дурасова Ю.В., магістр

Криворізький навчальний центр Одеської національної юридичної академії

У статті наводиться узагальнення морально-етичних якостей судді (та осіб, що претендують на заняття посади судді) під час ведення судового засідання, відповідність поведінки суддів нормам Кодексу професійної етики, ефективність розвитку судової реформи в Україні у зв'язку з виконанням вимог щодо морально-етичних якостей суддів та осіб, що претендують на посаду судді.

Ключові слова: судова етика, поведінка судді в судовому засіданні, морально-етичні вимоги, судова діяльність, кодекс професійної етики судді, судова реформа.

Дурасова Ю. В. ЭТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РАБОТЫ СУДЕЙ ВО ВРЕМЯ СУДЕБНОГО ЗАВ статье производится обобщение морально-этических качеств судьи (и лиц, претендующих на занятие должности судьи) во время судебного заседания, соответствие поведения судей нормам Кодекса профессиональной этики, эффективность развития судебной реформы в Украине в связи с исполнением требований относительно морально-этических качеств судей и лиц, претендующих на должность судьи.

Ключевые слова: судебная этика, поведение судьи в судебном заседании, морально-этические требования, судебная деятельность, кодекс профессиональной этики судьи, судебная реформа.

Durasova J.V. ETHICAL ASPECTS OF THE JUDGE'S WORK DURING JUDICIAL SESSION / Kryvyi Rig Educational Center of the Odesa National Law Academy

The generalization of moral – ethical qualities of the judge (and persons, who intend to be the judges) during the judicial hearing is presented in the article. The conformity of judges' behaviour to norms of the Code of a professional etiquette, efficiency of development of judicial reform of Ukraine in connection with performance of requirements concerning moral – ethical qualities of judges and persons which apply for a post of the judge are researched.

Key words: the judicial ethics, judges' behaviour during the judicial hearing, moral – ethical requirements, judicial activity, the Code of a professional etiquette, the judicial reform.

I. Вступ. Рівень демократії в кожному суспільстві, як показує світовий досвід, визначається місцем суду в системі органів державної влади, його спроможністю об'єктивно і неупереджено приймати рішення по конкретних спорах виключно на основі чинних норм права. Саме судова гілка влади має служити ефективним механізмом “стримування” діяльності законодавчої і виконавчої влад у межах Конституції України та Законів України, виконувати функцію протизваги останнім з метою запобігання узурпації ними влади або зловживання нею.

Відомий теоретик вчення про поділ влади Ш. Монтеск'є писав, що політична свобода може бути виявлена тільки там, де немає зловживання владою [1]. Проте багаторічний досвід показує, що кожна людина, наділена владою, схильна зловживати нею і утримувати у своїх руках до останньої можливості. Для того щоб запобігти зловживанню владою, необхідно створити справедливий і незалежний суд для здійснення правосуддя.

II. Постановка завдання. Конституція України піднесла статус суду та суддів на принципово новий рівень, остаточно закріпила принципи незалежності суддів і самостійності судової влади, що надало судам України більше прав і можливостей щодо реального захисту прав і свобод людини.

Сьогодні в Україні широко крокує судова реформа. Але довіра до органів правосуддя з боку членів суспільства залежить насамперед від людей, які наділені важливими державними повноваженнями – здійснювати правосуддя, забезпечувати в суспільстві режим законності і справедливості. У державі, що прагне стати правовою, суд зобов'язаний бути судом авторитетним, владним, самостійним, дійсно незалежним. Люди хочуть бачити суд не як бюрократичну установу (повільну при розгляді та швидку на розправу), а реального гаранта їхніх прав, надійного захисника інтересів, яку б високу посаду не займав порушник та які б впливові зв'язки він не пускав хід [2].

III. Результати. У сучасний період відносини у сфері праці суддів регулюються великою кількістю законів та нормативно-правових актів, основним із яких є Конституція України. Але є ще й норми моралі, судової етики, яким повинен відповідати суддя та особа, що призначається на посаду судді.

Діяльність судді виключно складна та різноманітна. Постійна відповідальність судді перед суспільством за прийняті рішення різко виокремлює цю професію з ряду будь-яких інших професій. Саме це є важливою підставою щодо постійного удосконалення суддею не тільки свого професійного рівня, але й моральних якостей.

Достатня кількість авторів намагається висвітлити проблему, яка склалася навколо моральних засад суддівської професії. Хочу навести роботи та публікації таких авторів, як В.В. Городовенко “Незалежність суддів і моральні засади суддівської професії” (стаття публікувалася у Віснику Верховного Суду України № 4 за 2002 рік), М. Довкіл. “Про еталон поведінки суддів” (Голос України № 225, 2002 р.), Я. Зейкан “Суддівська професія: антураж, деонтологія та проблеми здійснення правосуддя” (Закон і бізнес № 41, 2002 р.), Ю. Кармазін “До суддів вимоги особливі” (Юридичний вісник України № 13, 1997 р.). Усі вони вказують на необхідність застосування особливих вимог до суддів, а саме звернення певної уваги на морально-етичні якості особи, яка претендує або вже працює на посаді судді.

Складність такої професії, як суддя, обумовлена не тільки навантаженням на суддю як на посадову особу величезним обсягом професійних знань, які суддя повинен щоденно застосовувати на практиці, вирішуючи людські судьби, але й високим рівнем морально-етичних якостей судді. На жаль сьогодні непоодинокі випадки неадекватної поведінки деяких суддів вимогам суспільства та вимогам судової

етики: грубість, безвідповідальність, некоректність, невтриманість, зневажливе ставлення до людей, а в деяких випадках і нечесність як при спілкуванні з учасниками судового процесу, у судовому засіданні під час розгляду справ, так і в стосунках із колегами і в приватному житті [3]. Такі прояви поведінки судді не завжди можна зафіксувати і визначити ступінь провини, тому вони не завжди можуть бути підставою для дисциплінарної відповідальності.

Стала наявною проблема виховання в судді таких якостей, які б найбільш відповідали виконуваним функціям судді. Думаю, не знайдеться в суспільстві особи, яка б заперечувала тезі, що суддя повинен мати високий ступінь відповідальності за свою діяльність, прийняті рішення, усвідомлювати відповідальність за всі наслідки реалізації прийнятих ним рішень. А такий ступінь відповідальності формується на підставі високих моральних якостей, правосвідомості, розумінні відповідальності і важливості своєї діяльності перед суспільством. Тому величезне виховне навантаження при формуванні судді як особистості покладається на судову етику.

У більшості країн світу, де накопичений багатий досвід існування незалежної судової влади, норми професійної етики суддів органічно увійшли в практику і свідомість представників судових установ, тому проблема судової етики, мабуть, не є для них такою актуальною, як для держав, що тільки стають на шлях демократичного вільного розвитку.

Судова етика – це наука про застосування загальних норм моралі в специфічних умовах діяльності суддів, прокурорів, слідчих, адвокатів, про дотримання моральних принципів і вимог при розгляді та вирішенні справ. Судова етика своїм предметом має вивчення практики застосування норм моралі не тільки під час розгляду кримінальних та цивільних справ, а також у всіх сферах діяльності суду. Судова етика акумулює в собі теоретичні, нормативні та прикладні знання. Вона має науковий статус і розглядається як прикладна соціально-філософська наука, яка вивчає походження, сутність, соціальні функції, специфіку морально-професійних вимог до діяльності суддів, прокурорів, слідчих та моральний зміст принципів і норм матеріального і процесуального права, а також процесуальних дій.

Судова етика достатньо молода наука, але має глибоке коріння, що допомагає вивчати моральні основи здійснення судочинства.

На фоні незадрісного (на сьогоднішній день) становища судової системи розмова про судову етику, про моральність правосуддя може здатися несвоечасною, неспівзвучною сьогоденню, але таке ставлення до судової етики є помилковим і в корені неправильним, тому розмову про судову етику, про морально-етичні вимоги до особи, що претендує на посаду судді, вести просто необхідно.

Питання відповідності судді певним високим якостям було актуальним у всі періоди формування української державності, навіть в епоху становлення соціалістичної держави, яку сьогодні прийнято критикувати. Ще в 1934 році М.І. Калінін, виступаючи на урочистому засіданні, яке присвячувалося 10-річчю Верховного Суду СРСР так охарактеризував якості, необхідні радянському судді: “Суддя повинен бути людиною, яка своєю особистою поведінкою, своїм ставленням до праці заслужила довіру та авторитет, людина, яка має великий суспільно політичний досвід, може розбиратися в людях... культурна людина” [4]. Зі змінами політичних устоїв суспільства деякі акценти щодо особистості судді змінювались, але незмінним залишалися вимоги досконалої поведінки та культури.

При правильному розумінні суттєвості правосуддя навряд чи можливо відвернути думку, що чим складніші умови діяльності суду, чим складніші відношення в суспільстві, тим повинні бути вищі вимоги до судді. Такий стан зумовлений тим, що саме ці якості дозволяють судді як нікому іншому і в будь-якій ситуації вирішувати питання, справи згідно з законом, по справедливості, по совісті, не прихильючись у поклонах, зберігаючи неупередженість, свою гідність, і, перш, за все зберігаючи авторитет судової влади, тому що будь-який суддя добровільно бере на себе складну задачу в служінні суспільству тільки згідно із законом і дає присягу з урахуванням Кодексу професійної етики судді.

Якщо мова йде про підвищення рівня авторитету судової влади, то в цьому разі величезне значення мають вимоги щодо суддів у дотриманні ними правил судової етики та моральних стандартів, а не тільки чіткого виконання процесуальних законів та знання матеріальних норм права. Укупі – це першочергові вимоги щодо призначення судді на посаду та виконання його професійної діяльності.

Коли суддя вперше призначається на посаду або приймається рішення про відмову в наданні позитивного висновку суддям для призначення їх до безстрокової діяльності на посаді судді, кваліфікаційні комісії враховують такі фактори, як негативне ставлення до норм судової етики та недотримання норм кодексу професійної етики судді; чи мали місце в роботі судді систематична затримка при розгляді справ, факти фальсифікації судових документів, низький рівень відправлення правосуддя. Як видно, у цьому переліку вимоги щодо морально-етичних якостей судді виведені на перше місце. Чому саме так? Тому що (я приходжу до висновку) особисті моральні, етичні, культурні якості людини, яка здійснює правосуддя, її поведінка є першочерговими для такої серйозної професії та посади, як суддя.

Мені дуже імпонує вислів Голови Вищої Кваліфікаційної Колегії Суддів Російської Федерації Анатолія Жеребцова: “Судье можно простить юридическую ошибку, но чванство, грубость, заносчивость – никогда”[5]. І дійсно, пробачити юридичну помилку іноді можна, якщо вона не повторюється повсякчасно, що може свідчити про низький рівень професійних знань та непридатність особи до заняття посади судді. До речі, для людини помилятися цілком природно (*Erga humanum est*). До того ж, є таке поняття, як “війна законів”, що ускладнює розуміння законів, але повторююся, чванство, грубість суддів та технічних працівників суду, необов’язковість, фальсифікацію – таку поведінку вибачити не можна і щодо моральності та етики судової діяльності – то про це не йдеться. Громадян зовсім не цікавить, молодий суддя чи старий, хворий він чи втомлений, вони прийшли шукати захисту та справедливості, і їм не зрозуміло, чому довгі місяці та навіть і роки суддя не може розглянути справу або поводитися з ними з висока або зухвало.

Етика судової діяльності – це певна поведінка судді не тільки при здійсненні правосуддя, а й в інший час, який не пов’язаний із розглядом та вирішенням справ. Судова етика – це симбіоз мистецтва добра і справедливості при виконанні своїх посадових обов’язків суддею по відношенню до людини, яка звернулася до суду за захистом. Саме чесна, порядна, високоморальна особа судді та високопрофесійна робота суду можуть повернути “право”, “правосуддя” обличчям до людини і підвищити авторитет судової влади. Це, на мій погляд, і є основною задачею не тільки судової етики, а й судової реформи в цілому. Тільки завдяки підвищенню авторитета судової влади людина, громадяни зможуть побачити в праві джерело своїх прав і свобод, а не лише джерело своїх обов’язків, покарань, репресій.

Судова етика доводить, що яким би не був справедливим вирок по суті, він ніколи не буде прийнятий як справедливий, якщо протягом судового розгляду всією своєю поведінкою, кожним кроком суд не буде демонструвати зразок об’єктивності та неупередженості. Справедливість у суді повинна не тільки вбачатись візуально, а й відчуватись. В той же час, по поведінці багатьох суддів в судовому засіданні майже завжди можна здогадатися про їх відношення до учасників процесу, про їх думки, щодо винності особи. Виходячи з цього, зробивши підсумок спостережень, з великою долею точності можна передбачити і покарання або рішення.

Якщо принципи презумпції невинуватості для судді не є керівництвом до дії, якщо цей принцип не лежить в основі вихідних позицій судді при дослідженні доказів, то бажає того суддя чи ні, особи, що беруть участь у справі, помітять відсутність неупередженості судді або навіть його зацікавленість, що недопустимо – саме такі спостереження розглядає і доводить судова етика.

Відповідно до норм судової етики поведінка, зовнішній вигляд судді повинні бути таким, щоб одразу викликати до себе повагу, щоб у всіх присутніх склалася впевненість у його правоті, здібностях вирішувати складні кримінальні та цивільні справи, вирішувати долі людські. Головною ознакою особистості судді, на мій погляд, повинно бути не намагання справити приємне враження під час спілкування, а вміння своїм виглядом показати певні здібності зосередження, бажання досконально розібратися в усіх обставинах справи. Саме це формує повагу до судді, і до правосуддя в цілому. Виходячи із морально-етичних підстав, на мій погляд, при спілкуванні в судді не повинно бути підвищеної жестикуляції, роздратованості, грубості, насмішки, перебільшеної повчальності. Суддя обов’язково повинен бути наділений такими якостями, як тактовність, ввічливість, стриманість у манерах, емоціях, мові.

Вважаю, що при виконанні своїх повсякденних обов’язків суддя в ході судового засідання ніколи не повинен своїм зовнішнім виглядом, поведінкою, ставленням до будь-кого з учасників процесу показати, що він вже має свою думку по даному питанню, бо остаточне вирішення діяльності суду при розгляді будь-якої справи відбувається лише народній кімнаті. Чітке виконання цього правила допомагає не тільки досконало виконувати свої посадові обов’язки, а й постановленню правильного рішення по справі.

Виконуючи свої посадові обов’язки в залі судового засідання (та й за його межами), суддя постійно повинен пам’ятати про вплив своєї поведінки на всіх присутніх у залі судового засідання, але суддя в той же час не повинен думати про те, яке враження він може справити на конкретну особу (свого родича, знайомого). Поведінка судді ніколи не повинна бути розрахована на зовнішній ефект.

Суддя – публічна особа, яка постійно знаходиться в центрі уваги учасників судового процесу, а також у центрі уваги громадян суспільства. Будь-яке слово судді, рух, інтонація сприймаються як дії, що мають важливе значення для вирішення справи. При такому положенні певне значення мають такі якості, як витримка, неупередженість, урівноваженість. Неупередженість судді повинна постійно проявлятися у всіх його питаннях, зауваженнях, жестах.

При всіх вказівках на необхідність судді бути неупередженим, витриманим та урівноваженим, хочу зауважити, що судова діяльність не може проходити без емоцій. Не можна вимагати, щоб суддя не переймався тими обставинами справи, які він досліджує, та був повністю позбавлений емоцій. Суддя шукає істину, а емоції направляють процес встановлення істини, допомагають пошукам правильного рішення. Сьогодні не актуальними, а можливо не модними стали посилання на вислови класиків

марксисту-ленінізму. Але підкреслюючи повсякчасну актуальність проблемі щодо особистості судді та емоційності судді, хочу навести слова В.І. Леніна: «без людських емоцій ніколи не було, нема і не може бути людського пошуку істини»[6]. Необхідно, щоб суддя, будучи внутрішньо емоційним при сприйнятті фактів, своїм зовнішнім виглядом залишався неупередженим. Тільки така поведінка судді забезпечує і процес пізнання істини, і виховний вплив судового процесу. Постійний контроль своєї поведінки, своїх емоцій, їх вираження є невід'ємною рисою діяльності судді.

Вищеперелічені вимоги до діяльності судді можуть бути виконані лише при наявності високих якостей волі в особі, яка претендує на посаду судді (або вже працює на посаді судді), постійного контролю своєї поведінки та вмінням аналізувати і направляти свої емоції.

Особливість діяльності судді полягає також у тому, що він не може і не повинен нав'язувати свою думку як іншим суддям, так і учасникам процесу. Це забезпечується виключно розвинутим відчуттям такту, яке виховується в процесі професійної діяльності.

Суддя при розгляді справи вступає в спілкування з великою кількістю учасників процесу, які можуть належати до самих різних вікових категорій, можуть мати різний рівень освіти, життєвий досвід та рівень розвитку. Тому кожна фраза судді, висловлення повинні повністю відповідати прийнятим у суспільстві нормам етики, моралі. Поважне ставлення судді до людей, похилого віку, до людей які мають певні заслуги перед державою та народом, – це одна із норм поведінки судді, яка повинна виконуватися. Але це зовсім не означає, що суддя в разі вирішення справи повинен постановити рішення на користь осіб, які мають певні заслуги перед державою або користуються іншими пільгами особливого становлення до себе. У будь-яких випадках суддя повинен бути неупередженим і пам'ятати, що всі учасники процесу рівні перед законом і судом.

Проблемам судової етики, поведінки судді при розгляді справ значну увагу приділяє у своїх роботах Заслужений юрист Російської Федерації Лев Халдєєв. Зокрема він вказує, що можна погодитись із тим, що людей треба віддавати покаранню. Але потрібно завжди пам'ятати, що людей ніколи не можна принижувати. Люди не слухають, коли на них підвищують голос, кричать, роздратовуються... Люди слухають, коли їх просто люблять, або коли бачать у них людину, коли їх поважають. Людину не можна ображати, тому що кожна людина поважає себе, а ображена людина здатна на все [7]. До речі, у судовому засіданні образити можна не тільки грубим словом, але і певною дією, образливими можуть бути репліка, погляд, інтонація, жест... Тому необхідно особам, які прагнуть зайняти посаду судді або вже обіймають цю посаду, берегти себе від дій, слів, бездіяльності, які можуть принизити та образити людину.

Хочу звернути увагу на морально-етичну проблему, пов'язану з процесуальним законодавством, яка не досить часто висвітлюється на шпальтах юридичної літератури. Відповідно до норм процесуальних законів (цивільного та кримінального) на початку судового засідання суддя з'ясовує, чи довіряють учасники процесу судді, чи нема відводів складу суду. Як правило слідує відповідь: “Так довіряю, відводів нема”... Саме цю відповідь і розглянемо. З великою часткою вірогідності можна сказати, що, як правило, ніяких серйозних підстав довіряти суду в учасників процесу немає! Ця відповідь є більш коректною, ніж глибоко осмисленою. По-перше, (як правило) учасники процесу суддю бачать уперше і можуть оцінити хіба що його зовнішні якості. По-друге, вони не володіють ніякою інформацією щодо особи судді, не знають навіть його імені та по батькові, а також вік, стаж, професійний рівень, клас, морально-етичні якості, кількість відмінених рішень та вироків, чи є догани в період виконання посадових обов'язків судді. Саме ці дані, вважаю, можуть стати підставою одержання обдуманого та глибокої відповіді: “Я довіряю суду”. Для вирішення цієї делікатної морально-етичної проблеми вважаю за необхідне оформити в кожному суді інформаційні дошки, у яких висвітлити дані щодо суддів суду.

На V з'їзді суддів України 24 жовтня 2002 р. був затверджений Кодекс професійної етики судді. Кодекс складається з 12 статей. Він невеликий за обсягом. Але цей документ є значним кроком уперед у ході розвитку судової системи в Україні та здійсненні судової реформи. Кодекс професійної етики судді встановлює стандарти етичної поведінки суддів у процесі їхньої професійної діяльності, порушення яких може призвести до відсторонення судді від посади. Кодекс також встановлює коло правил, що охоплюють основні сфери життєдіяльності суддів. Основна ціль кодексу – підтримка високого рівня репутації судді та формування впевненості громадян в об'єктивності та неупередженості суддів. Судді мають прагнути додержуватися у своїй професійній діяльності та приватному житті норм кодексу професійної етики судді заради утвердження незалежності і неупередженості судової влади, зміцнення авторитету судової влади в суспільстві.

Хочу зазначити, що Закон України “Про статус суддів” містить вимоги щодо моральних якостей суддів (ст.6) і додержання зобов'язань присяги, яку кожен суддя повинен скласти на відданість справі правосуддя, приймаючи на себе обов'язок підкорятися тільки Законіві, бути об'єктивним і справедливим.

Проте життя і судова практика виявляються більш багатограними, із безліччю аспектів не тільки професійної діяльності суддів, але й чисельних їх зв'язків із громадськістю, пресою, засобами телекомунікацій, у сфері науки, творчої та викладацької діяльності тощо.

Особливістю діяльності суддів сучасного періоду розвитку держави є те, що потерпаючи в недалекому минулому від ідеологічного тиску, а нині, позбувшись його, судді нерідко вдаються до інших крайностей. Нехтуючи громадською думкою, вони тим самим протиставляють суддівську діяльність іншим, не менш важливим сферам державної діяльності, і як наслідок – одержують явно занижені оцінки. Із цієї точки зору дуже важливою є норма кодексу професійної етики судді, яка вимагає від судді докладати всіх зусиль, щоб з погляду розсудливої, законослухняної та поінформованої людини його поведінка була бездоганною (ст.12). Кодекс опубліковано в засобах масової інформації для ознайомлення з ним громадськості, усього населення України. “Вісник Верховного Суду України” надрукував його у № 5, вересень-жовтень, 2002 р. Верховна Рада України своєю Постановою від 28.11.2002 р. № 297–IV постановила взяти за основу проект Закону України про прийняття Кодексу професійної етики судді (реєстр № 1353). Це значний крок уперед на шляху здійснення в Україні судової реформи, бо додержання норм кодексу – це ще одна гарантія незалежності суддів, запорука зростання громадської довіри до судової влади.

IV. Висновки. Таким чином, аналізуючи певні норми законодавства, насамперед Конституцію України, Закони України “Про статус суддів”, “Про судоустрій України”, а також Кодекс професійної етики судді, можна дійти до висновку, що Україна взяла впевнений напрямок на розвиток судової системи, який повинен відповідати вимогам правової держави, і морально-етичні якості особи, яка претендує на посаду судді (або вже обіймає посаду судді), мають першочергове значення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Монтеск'є Ш. Твори: в 2-х т. – М., 1983.
2. Бойко В. Проблеми правосуддя в Україні і шляхи їх вирішення // Право України. – 2002. – №3. – С. 3-8.
3. Притика Д. Судова незалежність: етика і проблеми корупції // Право України. – 2000. – №6. – С. 4.
4. Калінін М.І. Про соціалістичну законність. – М., 1959. – С. 177.
5. Жеребцов А. Отбор кандидатов в судьи – актуальна задача // Российская юстиция. – 1999. – №6. – С. 2.
6. Ленин В.И. Полное собрание сочинений.– Т. 25. – С. 112.
7. Халдев Л.В. Судья в уголовном процессе: Практик. пособ. – М.: Юрайт, 2000. – 501 с.

УДК 351.713 (477)

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Будько З.М., к.ю.н, викладач

*Запорізький юридичний інститут
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

Дана стаття присвячується проблемі реалізації в чинному податковому законодавстві принципу взаємної відповідальності. Розглянуто положення чинного податкового та бюджетного законодавства України, викладені основні напрямки щодо вдосконалення норм із реалізації взаємної відповідальності суб'єктів податкових правовідносин.

Ключові слова: юридична відповідальність, держава, податковий орган, посадові особи.

Будько З. Н. РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ВЗАИМНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО НАЛОГОВОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ / Запорожский юридический институт Днепропетровского государственного университета внутренних дел, Украина

Данная статья посвящается проблеме реализации в действующем налоговом законодательстве принципа взаимной ответственности. Рассматриваются положения действующего налогового и бюджетного законодательства Украины, изложены основные направления относительно

усовершенствования норм по реализации взаимной ответственности субъектов налоговых правоотношений.

Ключевые слова: юридическая ответственность, государство, налоговый орган, должностные лица.

Bud'ko Z.M. THE REALIZATION OF THE PRINCIPLE OF MUTUAL RESPONSIBILITY IN THE CURRENT TAX LEGISLATION / Zaporizhzhya Law Institute of the Dnipropetrovs'k State University of Internal Affairs, Ukraine

The article deals with the problem of realization of the principle of mutual responsibility in the current tax legislation. Some positions of the current tax and budgetary legislation of Ukraine are researched; the basic directions concerning improvement of norms on realization of the mutual responsibility of the subjects of tax legal relations are stated.

Key words: legal responsibility, state, tax body, officials.

Рівні права, рівні обов'язки, рівна відповідальність перед законом осіб, які порушили закон – все це вимоги, які випливають із принципу взаємної відповідальності суб'єктів правових відносин. Це певною мірою стосується і державних органів, підприємств і установ, громадських організацій, їх відносин як між собою, так і з громадянами. Іноді теоретики взагалі під юридичною відповідальністю розуміють особливі правовідношення між державою і іншими суб'єктами права, які виникають на підставі їх взаємних обов'язків нести несприятливі наслідки порушення правової норми [1, 10].

Аналіз податкового законодавства, на думку більшості науковців, свідчить про те, що дія принципу взаємної відповідальності в ньому повністю нівелюється. Так, наприклад, О. Степанюк вважає, що серед причин цього є та обставина, що відповідальність податкових органів та їхніх працівників далеко не адекватна відповідальності платників податків [2, 35]. Продовжуючи цю думку, В.І. Слом зазначає, що права та обов'язки сторін податкових правовідносин – і платників податків, і податкових органів – повинні бути не тільки продекларованими, а мати й чіткі механізми їх реалізації з вказівкою на правові наслідки їх порушення [3, 5].

На необхідності виділення окремої групи податкових правопорушень, суб'єктом вчинення яких будуть органи державної податкової служби наголошує О.Г. Свечникова. Так, нею виділяється дві групи таких правопорушень: 1) проти податкової системи (незаконне введення, встановлення податків, незаконне справляння податків, незаконне звільнення від сплати податків); 2) проти законних прав платників податків (незаконна протидія господарської діяльності платників податків, розголошення податкової таємниці) [4, 145]. Таким чином, більшість науковців розподіляють думку про необхідність визнання держави, в особі її компетентних органів, як суб'єкта податкового правопорушення. Але ж поряд із цим деякі науковці продовжують визнавати в якості суб'єктів фінансово-правової відповідальності виключно платників податків [5].

Питання про правову природу відповідальності держави за дії посадових осіб залишається на сьогодні дискусійним. Одні вчені основували відповідальність держави за неправильні дії посадових осіб на засадах публічного права, інші – на засадах приватного права, треті – на засадах першого і другого. Представниками першої групи є прибічники теорії суспільного договору, суб'єктивного публічного права і публічної відповідальності. Друга група представлена авторами, які дотримуються теорії квазіконтракту або позаконтрактної вини і концепції професійного ризику. Третя група складається з представників теорії морального обов'язку і справедливості [6]. Аналіз змісту цих концепцій лежить за межами нашого дослідження. Видається необхідним лише визначитися зі своєю позицією. У зв'язку з тим, що в основі відповідальності держави в податкових (публічно-правових) справах покладені відносини нецивільного характеру, а також те, що ця відповідальність має свої специфічні цілі, неможливим є, на наш погляд, регулювання її нормами цивільного права. Міра і умови відповідальності держави повинні базуватися на засадах публічного права і регламентуватись виключно ними.

На сьогодні можна констатувати, що питання фінансово-правової відповідальності держави перед платниками податків недостатньо розроблено як на теоретичному, так і на законодавчому рівнях. На наш погляд, можна визначити два пріоритетні напрямки вирішення означеної проблеми.

По-перше, розробка безпосередніх складів податкових правопорушень, суб'єктом відповідальності яких буде держава в особі податкових органів.

По-друге, врегулювання процедури відшкодування збитків, завданих неправомірними діями чи бездіяльністю органів державної податкової служби та іншими контролюючими органами в сфері оподаткування.

У межах першого напрямку можна говорити про певну активізацію законотворчої діяльності. Як приклад можна навести положення Закону України "Про податок з доходів фізичних осіб", згідно з яким, за неповне або несвочасне повернення суми надміру сплаченого податку, у тому числі внаслідок застосування права на податковий кредит до податкового органу застосовуються штрафи в розмірі від 10 до 100 % такої суми [7, абзац. «а» п.п.20.4.2 п.20.4 ст.20].

Однак, на думку більшості фахівців, основною причиною декларативності відповідальності держави є все ж таки відсутність нормативного врегулювання механізму відшкодування таких збитків [8]. На сьогодні реально стягнути можна тільки збитки, завдані незаконними діями суду чи правоохоронних органів на підставі Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду” від 01.12.1994 р., та статті 37 Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” [10], оскільки на ці цілі в законі про держбюджет передбачена витратна стаття і передбачений механізм їх відшкодування. Кошти, спрямовані на відшкодування збитків, які завдані діяльністю всіх інших державних органів, і, зокрема державної податкової служби, у законі про держбюджет не передбачені. Як відомо, усі бюджетні витрати мають цільове призначення. Стягнути ж шкоду за рахунок інших джерел неможливо. Накази і відповідні постанови господарського суду спрямовуються в Державне казначейство України і у зв'язку з вищезазначеними обставинами залишаються невиконаними. Це призвело до чисельних звернень громадян та громадських організацій до Європейського Суду з прав людини.

Позиція Європейського Суду з цього приводу є однозначною – відсутність або недостатність бюджетних коштів не є належною причиною невиконання судових рішень щодо відшкодування державою завданих збитків [10, 1, 11].

Зазначена проблема існує вже не перший рік. Так, наприклад, у статті 25 Закону України “Про Державний бюджет на 2001 рік” була закріплена норма, згідно з якою відшкодування шкоди, завданої юридичним і фізичним особам незаконними діями... податкових органів..., здійснюється із Державного бюджету України Державним казначейством України в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, за рахунок коштів на утримання Державної податкової адміністрації України [11]. Відповідної постанови Кабінет Міністрів України не розробив. Крім того, Рішенням Конституційного Суду України від 3 жовтня 2001 р. (справа про відшкодування шкоди державою №1-36/2001) дану норму та відповідні норми Закону України “Про Державний бюджет на 2000 рік” були визнані неконституційними, оскільки державні органи несуть юридичну відповідальність лише за своїми договірними зобов'язаннями (стаття 32 Цивільного кодексу Української РСР) [12, 308]. Отже, на думку Конституційного Суду, фактично була запроваджена цивільно-правова, а не публічно-правова відповідальність відповідних державних органів, що суперечить Конституції України та чинному законодавству. Однак, всупереч прийнятому рішенням Конституційного Суду, законодавець продовжує практику відшкодування матеріальної шкоди за рахунок коштів, призначених на утримання відповідного державного органу (наприклад, податкового органу чи органу Державного казначейства – абзац 2 п.п.20.4.3 п.20.4 ст.20 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб”).

Таким чином, відсутність процедури відшкодування збитків, завданих неправомірними діями чи бездіяльністю органів державної податкової служби, є основною перешкодою для притягнення держави до відповідальності і потребує свого негайного законодавчого вирішення.

На наш погляд, не менш важливим питанням, яке потребує вирішення, є питання способів відшкодування збитків держави, завданих неправомірними діями чи бездіяльністю посадових осіб органів державної податкової служби. Аналіз наукових джерел з означеної проблематики дозволяє визначити чотири основні способи його врегулювання:

- *виключна відповідальність посадових осіб*: у даному випадку держава не є суб'єктом відповідальності. Так звана «дзеркальна» відповідальність посадових осіб органів податкової служби мала б місце у випадку скасування судом неправомірного рішення податкового органу про накладання стягнення – вина посадова особа-податківець повинна виплатити всю суму особі, що є постраждалою [13, 84-85]. Таке регулювання можливе, якщо вина є пропорційною відповідальності, в іншому випадку ризик заняття державною діяльністю значно б зростав, у результаті чого мало хто б погодився займатись нею;
- *відповідальність посадових осіб із субсидіарною відповідальністю держави*: відповідальність несе посадова особа, а держава розділює цю відповідальність тільки у тому об'ємі, який винний не спроможний компенсувати самостійно;
- *солідарна відповідальність держави і посадової особи*: при солідарній відповідальності потерпілий може звернутися зі скаргою чи на адресу держави, чи на адресу винної особи, або по відношенню обох названих сторін;
- *виключна відповідальність із боку держави*: держава несе відповідальність по відношенню до третіх осіб. Зрозуміло, що в такому випадку держава залишає за собою право регресної вимоги до винного про відшкодування збитків. Норми чинного законодавства, а саме, ст.56, ч.4 ст.62, ч.1 ст.130, ч.3 ст.152 Конституції України; ст.ст.1174-1176 Цивільного кодексу України свідчать, що саме на державу покладено обов'язок відшкодувати шкоду, завдану особі неправомірними діями посадових осіб державних органів. Однак, якщо посадова особа не несе фінансових ризиків у

зв'язку із своєю дією або бездіяльністю, це негативно відображається на сумлінності її професійної діяльності. З іншого боку, факт настання матеріальної відповідальності посадової особи за допущені нею помилки може призвести до того, що небезпека фінансових ризиків призведе до нерішучості в діях чи під час прийняття рішень. Саме тому дане питання необхідно врегулювати таким чином, щоб не було перегинів у жодному зі сторін.

Отже, забезпечення реальної взаємної фінансової відповідальності суб'єктів податкових правовідносин за невиконання покладених на них обов'язків є необхідною умовою для забезпечення реалізації принципу справедливості податкового законодавства взагалі, і фінансової відповідальності, зокрема. У зв'язку з цим, вважаємо необхідною актуалізацію в науці питань, пов'язаних із фінансовою відповідальністю держави та її посадових осіб за заподіяння матеріальної шкоди суб'єктам податкових правовідносин.

ЛІТЕРАТУРА

1. Богданова М.С. Юридическая ответственность: Основания, виды, субъекты: Дис... канд. юрид. наук. – М., 1998. – 215 с.
2. Степанюк О. Підстави та принципи відповідальності за порушення податкового законодавства // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – №8. – С. 34-37.
3. Слом В. Налоговая реформа и налоговое законодательство // Налог. – 1995. – №5. – С. 5-8.
4. Свечнікова О.Г. Правові засади оподаткування фізичних осіб-підприємців: Дис... канд. юрид. наук / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2001. – 218 с.
5. Бакун О.В. Громадянин як суб'єкт податкових правовідносин в умовах переходу до ринкової економіки: Дис... канд. юрид. наук / Чернівецький державний університет ім. Ю. Федьковича. – Чернівці, 2000. – С. 182; Петров М.П. Административная ответственность организаций (юридических лиц): Дис... канд. юрид. наук / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1998. – С. 87.
6. Чхиквадзе В.М. Личность и государство: взаимная ответственность // Советское государство и право. – 1971. – №1. – С. 19-26; Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Ответственность государства за действия должностных лиц: публично-правовая или частноправовая? // Правоведение. – 1993. – №1. – С. 72-80; Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Интерпретация принципа ответственности государства за ущерб, причиненный гражданам, в практике Конституционного Суда РФ // Государство и право. – 1996. – №4. – С. 48-59; Морозова Л.А. Проблемы правовой ответственности государства, его органов и служащих // Государство и право. – 2000. – №3. – С. 20-36; №4. – С. 15-30;
7. Про податок з доходів фізичних осіб: Закон України від 22 травня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №37. – Ст.308.
8. Как взыскивать убытки, причиненные деятельностью... госорганов, неизвестно // Бизнес. – 2002. – № 36. – С. 19; Нефьодов А. Штрафні санкції для податкової // Бухгалтерія. – 2002. – № 17/2 (484). – С. 36.
9. Про Державний бюджет України на 2005 рік: Закон України від 25.01.2005 року № 2905 // Відомості Верховної Ради України. – № 7-8. – 2005. – Ст.162.
10. Практика Європейського Суду з прав людини (справа Афанасьєв проти України) // Закон і Бізнес. – 2004. – №32. – С. 1, 11.
11. Про Державний бюджет України на 2001 рік: Закон України від 07.12.2000 р. № 2120 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 2-3. – Ст.10.
12. Чаюн М.Г., Кириченко Ю.М., Кидисюк Р.А. та ін. Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997-2003 роки). – К.: Атіка, 2003. – 336 с.
13. Підпригора О. Розмежування і взаємодія публічного і приватного права як методологічна проблема вітчизняного правознавства // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – №4. – С. 77-86.

ПРОБЛЕМИ ФІНАНСУВАННЯ ТА НАПРЯМКИ ЗМІЦНЕННЯ ФІНАНСОВОЇ БАЗИ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Стешенко Т. В., к.ю.н., доцент, Середюк В.В., студент

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

У даній роботі аналізується проблематика фінансування органів місцевого самоврядування, визначається, які саме фінансові проблеми стоять на шляху розвитку та функціонування органів місцевого самоврядування та пропонуються шляхи їх подолання.

Ключові слова: місцевий бюджет, регіональний бюджет, державний бюджет, фінансові ресурси, інфляція, нормативи (напр. фіксований).

Стешенко Т. В., Середюк В. В. ПРОБЛЕМЫ ФИНАНСИРОВАНИЯ И НАПРАВЛЕНИЯ УКРЕПЛЕНИЯ ФИНАНСОВОЙ БАЗЫ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ / Национальная юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого, Украина

В данной работе анализируется проблематика финансирования органов местного самоуправления, определяется, какие именно финансовые проблемы стоят на пути развития и функционирования органов местного самоуправления и предлагаются пути их решения.

Ключевые слова: местный бюджет, региональный бюджет, государственный бюджет, финансовые ресурсы, инфляция, нормативы (напр. фиксированный).

Steshenko T.V., Serediuk V.V. THE PROBLEMS OF FINANCING AND THE MAIN DIRECTIONS OF STRENGTHENING OF THE FINANCIAL BASE OF THE LOCAL GOVERNMENT INSTITUTIONS / National Law Academy of Ukraine named after Yaroslav Mudryiy, Ukraine

The problems of financing of the local government institutions are analyzed in the article; the author names particular financial problems, standing on the way of development and functioning of the local government institutions and offers the ways of their decision.

Key words: the local budget, the regional budget, the state budget, financial resources, inflation, specifications (fixed), etc.

Одна із основних особливостей унітарної держави – концентрація дій регіональних і місцевих органів управління на виконанні базових напрямків економічної політики центру. Але для досягнення єдності цілей переконання і бажання недостатньо; для цього потрібні і відповідні економічні можливості, які залежать від обсягів доходів регіональних бюджетів.

Разом із тим слід зазначити, що розширення прав і обов'язків органів місцевої влади в умовах, що склалися, не завжди відповідає їх економічним можливостям, і питання поповнення доходів місцевих бюджетів, як і раніше, залишаються актуальними.

Прийняті Верховною Радою України Закони “Про місцеве самоврядування в Україні” і “Про бюджетну систему України” визначають, що “місцеві ради народних депутатів у межах своєї компетенції самостійно розробляють, затверджують і виконують бюджети відповідних територій”. Здавалося б, що все логічно, але “межі своєї компетенції” так замикаються на рівні Кабінету Міністрів і Верховної Ради України, що ось уже протягом ряду років і держава в цілому, і регіони “звично” затверджують бюджети зі значними запізненнями, а в деяких випадках – і наступного року. Немає необхідності говорити про те, як негативно це впливає на розвиток економіки.

Але такого стану на регіональному і місцевому рівнях могло б і не бути, якби кожна ланка бюджетної системи мала чітку, визначену законом доходну базу.

Аналіз проблем місцевих бюджетів України, а також теорії та практики побудови багаторівневих бюджетних систем у країнах із ринковою економікою дозволяє зробити висновок, що існуюча система формування місцевих бюджетів має ряд серйозних недоліків:

- високий ступінь концентрації фінансових ресурсів у державному бюджеті країни, що знижує значення регіональних і місцевих бюджетів у вирішенні життєво важливих для населення завдань;
- регулюючі доходи відіграють домінуючу роль у структурі надходжень до регіональних і місцевих бюджетів, у той час як частка закріплених за територіями податкових платежів низька;
- практично щорічна зміна видів податків, що зараховуються до місцевих бюджетів;
- відсутність єдиних та досить стабільних нормативів (наприклад, на кілька років) відрахувань від загальнодержавних податків до місцевих бюджетів;
- відсутність єдиних правил ув'язки доходів місцевих бюджетів і регіональних податкових надходжень, а також науково обґрунтованої методики міжрегіонального перерозподілу доходів.

Сьогодні найбільш проблемним є питання взаємовідносин між бюджетами різних рівнів із приводу розподілу між ними доходів і видатків. Як показали результати досліджень, нині діючий бюджетний механізм, при якому місцеві ради вищого рівня встановлюють нормативи відрахувань від регулюючих податків і зборів та суми дотацій, призводить до погіршення функціонування місцевих бюджетів нижчого рівня. Це, у свою чергу, не дає змоги профінансувати всі необхідні видатки, що тягне за собою погіршення стану соціально-економічного розвитку.

Торкаючись теми недосконалого законодавства, слід зазначити, що, наприклад, статтею 62 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” передбачено, що держава гарантує органам місцевого самоврядування доходну базу, достатню для забезпечення населення послугами на рівні мінімальних соціальних потреб. Це зрозуміло, забезпечення вище мінімального рівня – справа самих органів місцевого самоврядування. Проте далі читаємо: “У випадках, коли доходи від закріплених за місцевими бюджетами загальнодержавних податків та зборів перевищують мінімальний розмір місцевого бюджету, держава вилучає з місцевого бюджету до державного бюджету частину надлишку в порядку, встановленому законом про державний бюджет”. Справедливо, якщо сказане стосувалося б дотацій, до отримання яких регіони не докладають надмірних зусиль. А в даному разі будь-яка ініціатива регіонів щодо збільшення податкових надходжень, а значить, і забезпечення населення суспільними благами вище мінімального рівня каратиметься відповідним вилученням фінансових коштів. Тоді постає запитання: за рахунок чого здійснювати розвиток? Звичайно ж не за рахунок місцевих податків і зборів, що забезпечують лише мізерну частину потреби.

Також необхідно звернути увагу на інфляційні процеси. Доходи бюджету надходять з урахуванням інфляційного фактора, а видатки здійснюються згідно із запланованими обсягами. Зважаючи на це, необхідно коригувати обсяги видатків із поправкою на інфляцію. Через те, що це не завжди робиться, у розпорядників бюджетних коштів можуть утворюватись так звані надлишки коштів, які можуть ними використовуватись не за призначенням. А це створює можливості для зловживань із боку апарату управління на місцевому рівні.

Важливо зазначити, що реформування системи формування місцевих бюджетів повинно ґрунтуватись лише на тих заходах, які б заохотили місцеві органи влади до пропорційного виконання як державного, так і місцевих бюджетів. Тільки такі заходи дадуть ефект. Одним із таких методів могло б бути запровадження порядку здійснення видатків державного бюджету шляхом використання поточних надходжень у регіонах для здійснення поточних видатків державного бюджету. Інакше кажучи, для виконання функцій органів влади України слід залишати в регіонах певну частку коштів державного бюджету без їх спрямування до центру та у зворотному напрямі. Реалізація запропонованого методу дасть змогу вдосконалити діючу систему здійснення видатків державного бюджету, підвищити оперативність і ефективність управління наявними фінансовими ресурсами держави та зацікавити місцевих керівників у збільшенні надходжень до державного бюджету. Особливе значення цей підхід матиме для фінансування соціальних потреб, оскільки буде усунуто різницю у відповідальності місцевого керівництва за виконання фінансового плану органів управління держави та місцевих органів. Стосовно відповідальності органів влади перед громадянами акцент буде зміщено в регіони, що відповідає елементарній логіці.

Формування регіонального бюджету на основі зазначеного принципу тісніше пов’яже його з результатами економічного розвитку регіону, дозволить вже на етапі бюджетного планування співставляти розмір територіальних доходів із доходами регіонального бюджету, планувати видатки бюджету, визначати напрямки виявлення резервів у регіональній економіці. Підвищаться зацікавленість і відповідальність місцевих органів влади за кінцеві результати економічного розвитку території.

У ході перебудови механізму формування бюджетів повинна бути вирішена низка питань, у тому числі і такі: яка частка бюджетних доходів повинна спрямовуватись до державного бюджету, яка залишатись на місцях; у зв’язку з цим – яким повинен бути норматив відрахувань від територіальних бюджетних доходів (що знайде своє відображення в нормах відрахувань від загальнодержавних податків і зборів). Тому приведу можливі слідуючі варіанти:

1. Норматив відрахувань у відсотках від загальної суми територіальних бюджетних доходів встановлюється для регіонального бюджету, а частина коштів, що залишилась, спрямовується до вищого рівня бюджетів.
2. За встановленими нормативами у відсотках від загальної суми територіальних бюджетних доходів кошти спрямовуються до бюджетів вищого рівня, а частина коштів, що залишилась – до місцевих бюджетів.
3. Для бюджетів вищого рівня встановлюється фіксований норматив (у грошових одиницях) коштів, що перераховується до цих бюджетів, всі інші кошти спрямовуються до місцевих бюджетів.

Взагалі, для підвищення відповідальності і зацікавленості нижчого рівня регіонів у кінцевих результатах їхньої діяльності більш прийнятні другий та третій варіанти, коли регіональні бюджети будуть формуватись на основі залишкового принципу територіальних бюджетних доходів після внесення у бюджети вищого рівня сум у вигляді своєрідного податку з території.

Третій варіант цікавий не тільки для нижчого рівня регіонів, яким він дає максимальні можливості для виявлення внутрішньорегіональних резервів, але й для вищого рівня, так як фіксований норматив забезпечує гарантованими обсягами коштів їх бюджети. Можливі і модифікації цих варіантів.

Необхідно також визначити, єдиний чи диференційовані нормативи слід застосовувати. Якщо встановити єдиний для всіх регіонів норматив формування бюджетів, то у зв'язку з річними рівнями економічного і соціального розвитку в деяких регіонах бюджет, сформований за зазначеним нормативом, буде менше досягнутого, а в деяких – більше. Для усунення цих протиріч є декілька шляхів:

1. Можливе виділення із бюджетів вищого рівня дотацій і субвенцій тим регіонам, у бюджеті яких буде недостатньо коштів для фінансового забезпечення нормативів забезпеченості.
2. Для регулювання місцевих бюджетів повинен бути створений фонд міжтериторіального фінансового вирівнювання.

При реформуванні бюджетного механізму доцільно було б місцевий бюджет поділити на поточний і бюджет розвитку. При побудові поточного бюджету необхідно в його основу покласти такі принципи: забезпечення достатнього рівня розвитку регіону, міста, селища, села; стабільність надходження коштів; пріоритетний розвиток соціально-культурної сфери; наукову обґрунтованість розмірів видатків; обов'язковий характер виконання поточного бюджету.

Ступінь самостійності регіонів щодо формування і використання бюджету визначається співвідношенням задач, котрі входять до їх компетенції (тобто вирішуються органами регіонального і місцевого самоврядування під власну відповідальність), і задач, котрі виконуються вищими органами влади або за їх дорученням. При розподілі задач і функцій повинні вирішуватися і питання розподілу доходів і видатків між центральним і місцевими бюджетами, а також між місцевими бюджетами одного рівня.

Вирішення багатьох проблем по формуванню і використанню місцевих бюджетів значною мірою визначило б розширення економічної самостійності регіонів країни. Однак головним питанням у формуванні фінансів адміністративно-територіальних одиниць залишається об'єктивність у визначенні розмірів їхніх бюджетів з урахуванням науково обґрунтованих нормативів бюджетної забезпеченості на 1 жителя. Але на жаль, в Україні ще немає розроблених нормативів, тому на даний момент фінансове вирівнювання можливо здійснювати з урахуванням середніх по місцевих бюджетах доходів і видатків, а також з урахуванням відносної податкоздатності кожної адміністративно-територіальної одиниці.

Треба створювати нормативну базу з метою правового оформлення системи фінансового вирівнювання. Вона має чіткіше визначити компетенцію місцевих органів влади та держави, розмежовувати джерела їх доходів. Доцільно було б прийняти спеціальний закон про місцевий бюджет, де були б чітко визначені основні доходи й видатки місцевих бюджетів, порядок їх виконання тощо, рамковий закон про основи надання бюджетних трансфертів. Можливо, необхідні й спеціальні закони, де б визначалося, у яких випадках і які види бюджетних трансфертів можуть отримувати місцеві колективи, яка процедура надання їх, контролю за використанням тощо.

Створення мобільної системи фінансового вирівнювання місцевих бюджетів має сприяти збільшенню рівня зростання бюджетних видатків на функціонування й розвиток сфери матеріальних послуг для населення, а також господарської активності районів.

Таким чином, аналіз проблем функціонування місцевих бюджетів базового рівня бюджетної системи, а також теорії та практики існування бюджетних систем у країнах із ринковою економікою дає змогу зробити висновки щодо здійснення заходів, спрямованих на покращання умов формування місцевих бюджетів.

По-перше, необхідно чітко розподілити компетенції щодо розв'язання конкретних завдань між центральними органами влади і органами регіонального та місцевого самоврядування, і поступово здійснювати перехід до децентралізації державних фінансів. Так, на державному рівні (за рахунок коштів державного бюджету) повинні фінансуватися лише ті видатки, котрі пов'язані з забезпеченням загальнодержавних потреб: оборона країни, утримання законодавчої і виконавчої влади, розвиток фундаментальної науки, структурна перебудова економіки. Фінансові ж проблеми місцевого рівня раціонально вирішувати за рахунок коштів відповідних бюджетів.

У зв'язку з цим необхідно розподілити джерела податкових надходжень між центральними і місцевими владами в жорсткій ув'язці з виконуваними ними функціями, що повинно знайти своє відображення в законодавстві про місцеве самоврядування. До місцевих, зокрема, можна було б віднести помайнові

податки, податок на землю, податок на промисел, збір за забруднення навколишнього середовища, а можливо – і прибутковий податок з громадян. У всякому випадку за рахунок власних податкових джерел місцеві органи влади повинні фінансувати до 60-80 % потреб.

По-друге, необхідно вдосконалити механізм міжтериторіального фінансового вирівнювання. Практика показала, що такий метод регулювання місцевих бюджетів як вилучення надлишків бюджетних коштів до бюджету вищого рівня та застосування індивідуальних підходів до встановлення нормативів відрахувань від загальнодержавних податків і зборів має багато недоліків: він не тільки негативно впливає на дохідну базу місцевих бюджетів, а й позбавляє місцеві органи влади стимулів до збільшення своїх доходів. Спираючись на зарубіжний досвід, необхідно створити спеціальні бюджетні фонди фінансового вирівнювання територій. А перерозподіл доходів між бюджетами одного рівня доцільно було б здійснювати з урахуванням податкової сили територій та мінімального рівня, до якого повинні вирівнюватись фінансові можливості цих територій. Тому вже сьогодні назріла необхідність визначення обґрунтованого нормативу бюджетної забезпеченості кожної області, району, міста з урахуванням економічного, соціального, природного й екологічного стану відповідних територій. Існування таких показників дасть змогу визначити реальний розмір фінансових ресурсів для задоволення необхідних потреб регіонів, а також значно вдосконалити процедуру бюджетного планування.

Проблеми місцевих фінансів накопичувались десятиріччями; на сьогоднішній день вони перетворились у великий клубок суперечностей і невирішених питань при досить значному нестатку фінансових ресурсів як у центрі, так і на місцях. Тому зі всією гостротою постало питання про необхідність проведення реформи місцевих фінансів, яка повинна супроводжуватись законодавчим закріпленням прав, повноважень і обов'язків місцевих адміністрацій.

Звичайно, бюджетна реформа не вирішить усіх питань, але проблема ефективного витрачання коштів та зміцнення дохідної частини місцевих бюджетів – за нею.

Таким чином, вирішення цих та інших проблем стосовно формування і використання місцевих бюджетів значною мірою визначило б розширення економічної самостійності регіонів країни. Адже те, наскільки вони політично незалежні і фінансово забезпечені, справляє істотний вплив на формування демократичних, ринково орієнтованих систем і підвищує шанси на успіх реформ.

Місцева влада часто постає перед необхідністю робити непростий вибір місцевих податків, цілей, на які будуть спрямовані її видатки, та методів управління і стимулювання процесів економічного розвитку. З цієї причини фінансування і формування бюджету місцевої влади є однією з найважливіших сфер державних фінансів, і тому потребує свого подальшого дослідження та пошуку нових підходів до реформування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аптекарь С., Краснова В. Про формування місцевих бюджетів // Економіка України. – 1994. – №4. – С. 42–47.
2. Буковинський С.А. Шляхи розвитку бюджетної системи України // Фінанси України. – 1998. – №9. – С. 3-8.
3. Василенко Л.І., Бабич П.С. Місцеві фінанси та фінансова незалежність // Фінанси України. – 1998. – №8. – С. 112-117.
4. Кириленко О.П. Зміцнення дохідної бази місцевих бюджетів // Фінанси України. – 1996. – № 9. – С. 35.
5. Кузьменко Н.А. Аналіз міжбюджетних відносин в Україні // Фінанси України. – 1996. – №9. – С. 40-42
6. Лісовська А.П., Ганевич Д.М. Формування місцевих бюджетів // Фінанси України. – 1996. – № 7. – С. 11-15.
7. Луніна І.І. Місцеві бюджети України: пошук нових підходів до проведення реформ // Економіка України. – 1998. – №3. – С. 31-40.
8. Пабат М.Г. Про окремі аспекти формування дохідної частини бюджетів місцевого та регіонального самоврядування // Фінанси України. – 1996. – №10. – С. 11-14.
9. Павлюк К.В. Концептуальні основи фінансової незалежності місцевого самоврядування // Фінанси України. – 1996. – №8. – С. 2.

УДК 351.713:658 (477)

СПРОЩЕНА СИСТЕМА ОПОДАТКУВАННЯ СУБ'ЄКТІВ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА В УМОВАХ ПОДАТКОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Ващенко Ю.В., к.ю.н., мол. наук. співр., асистент

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Автором проаналізовано проблемні аспекти спрощеної системи оподаткування та сформульовано пропозиції щодо удосконалення правового регулювання механізму оподаткування малого підприємництва в Україні.

Ключові слова: податкова реформа, суб'єкти малого підприємництва, спрощена система оподаткування.

Ващенко Ю.В. УПРОЩЕННАЯ СИСТЕМА НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ СУБЪЕКТОВ МАЛОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В УСЛОВИЯХ НАЛОГОВОЙ РЕФОРМЫ В УКРАИНЕ / Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Украина

Автором проанализированы проблемные аспекты упрощенной системы налогообложения и сформулированы предложения по усовершенствованию правового регулирования механизма налогообложения малого предпринимательства в Украине.

Ключевые слова: налоговая реформа, субъекты малого предпринимательства, упрощенная система налогообложения.

Vashenko Y.V. THE SIMPLIFIED TAXATION SYSTEM OF SMALL BUSINESS SUBJECTS IN CONDITIONS OF THE TAX REFORM IN UKRAINE / The Taras Shevchenko Kyiv National University, Ukraine

The author has analyzed problem aspects of the simplified taxation system and has formulated proposals on improvement of legal regulation of the mechanism of the taxation of small business in Ukraine.

Key words: tax reform, small business subjects, simplified taxation system.

В умовах податкової реформи, яка відбувається сьогодні в Україні, питання спрощеної системи оподаткування суб'єктів малого підприємництва є надзвичайно актуальними. Як відомо, податкове законодавство України є недосконалим, постійно змінюється, його норми досить часто суперечливі, що створює проблеми при їх застосуванні на практиці. Не є винятком і законодавство у сфері спрощеної системи оподаткування малого бізнесу. Зміни в законодавстві України, які відбуваються останнім часом навколо спрощеної системи, свідчать про те, що в державі відсутнє чітке бачення того, якою ця система повинна бути та чи має вона взагалі право на існування. У зв'язку з цим на сьогоднішній день науковці, як юристи, так і економісти, повинні звернути увагу на проблеми спрощеної системи оподаткування та розробити пропозиції щодо удосконалення її правового регулювання. Це є особливо актуальним у контексті розроблення проекту Податкового кодексу України [1], у якому містяться норми, присвячені спеціальним (спрощеним) режимам оподаткування.

Слід зазначити, що питання державної підтримки суб'єктів малого підприємництва, у цілому, та спрощеної системи оподаткування, зокрема, здебільшого цікавлять саме науковців у галузі економічної науки. Зокрема, економічні аспекти спрощеної системи оподаткування висвітлюються в роботах Т.І. Єфименко [2], Ю.Г. Дьякона [3], І.С. Кузнецової [4], О.С. Мазур [5], Т.М. Мараховської [6], О.В. Третьякової [7], В.О Швадченка [8], О.В. Щербини [9]. Їхні наукові розробки мають важливе значення для удосконалення механізму правового регулювання спрощеної системи оподаткування. Щодо наукових досліджень у зазначеній сфері необхідно зазначити, що в правовій науці окремі аспекти спрощеної системи оподаткування аналізувалися, зокрема, О.Г. Свечніковою [10] при дослідженні правових засад оподаткування фізичних осіб – підприємців. У той же час спеціальне наукове дослідження правових аспектів спрощеної системи оподаткування, її співвідношення із загальною системою, вироблення концептуальних засад правового механізму оподаткування малого підприємництва в юридичній науці відсутнє.

У зв'язку з цим у цій статті автор ставить за мету проаналізувати окремі проблемні аспекти спрощеної системи оподаткування та сформулювати пропозиції щодо удосконалення механізму правового регулювання оподаткування суб'єктів малого підприємництва в Україні.

Ми маємо вже певний досвід у застосуванні спрощеної системи оподаткування, запроваджену згідно з Указом Президента України “Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва” [11], та проблеми, шляхи вирішення яких у цивілізованому європейському законодавстві ми навряд чи знайдемо. Мова йде саме про використання спрощеної системи для ухилення від оподаткування. У зв'язку з цим необхідно проаналізувати практику застосування законодавства в цій сфері, визначитися з перевагами та недоліками і на підставі такого аналізу розробити пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства.

На всіх рівнях сьогодні звертається увага на те, що спрощена система оподаткування, особливо її застосування фізичними особами-підприємцями, є одним із способів ухилення від оподаткування. Як свідчать останні кроки уряду, він вирішив піти найпростішим шляхом: обмежити застосування цієї системи для якомога ширшого кола платників податків. Згідно з проектом Закону України “Про внесення змін та доповнень до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів” передбачалося, що спрощена система оподаткування, обліку та звітності на другий квартал 2005 року не застосовується, зокрема, для фахівців у галузі управлінського консультування, права, бухгалтерського обліку та аудиту, інформаційних технологій, реклами, у сфері грального бізнесу та ін. Як бачимо, планувалося таку необхідну для розвитку підприємництва в Україні діяльність, як, зокрема, діяльність юристів, економістів поставити в один ряд із гральним бізнесом. Цікаво, що вже в прийнятому законі [12] цей перелік суттєво звужено. Зокрема, вилучено бухгалтерський облік, управлінське консультування, інформаційні технології та деякі інші види діяльності. Діяльність у сфері права замінено на надання консультацій та роз’яснень із юридичних питань. Проте наявність такого положення не вирішує проблеми, а, навпаки, створює їх. Зокрема, вже неоднозначно тлумачиться положення щодо юридичних послуг. Що саме слід розуміти під роз’ясненнями та консультаціями з юридичних питань: юридичні послуги в цілому чи лише цей різновид юридичних послуг (у контексті Закону України “Про адвокатуру”). Більше того, таким положенням порушується один із основоположних принципів оподаткування, закріплений у чинному, поки що базовому, податковому законі – Законі України “Про систему оподаткування” – принцип недискримінаційності.

На мою думку, удосконалення спрощеної системи оподаткування має здійснюватися на основі таких принципів:

1. Захисту інтересів суспільства та держави в частині забезпечення надходження до бюджетів та цільових фондів **економічно обґрунтованих** сум обов’язкових платежів.
2. Створення умов для розвитку суб’єктів малого та середнього підприємництва.
3. Створення робочих місць та захисту прав найманих працівників.

Перший принцип полягає в тому, що визначення основних елементів механізму спрощеної системи оподаткування (платників, ставок податку, переліку податків та інших обов’язкових платежів, платниками яких не є суб’єкти спрощеної системи оподаткування, об’єкта оподаткування тощо) має здійснюватися на підставі економічно обґрунтованих показників.

Сутність другого принципу полягає в тому, що метою запровадження спрощеної системи оподаткування є якраз створення умов для розвитку малого та середнього підприємництва, яке виступає основою економіки будь-якої держави. Саме цей сегмент економіки в усьому світі виступає основним роботодавцем для більшості населення. Чим більше частка малого та середнього бізнесу, тим менше ступінь безробіття в суспільстві. Із зазначеного принципу випливає наступний.

Також змістом третього принципу виступає захист інтересів найманих працівників. У цьому контексті необхідно також враховувати такий факт. На жаль, діюче тривалий час в Україні прогресивне оподаткування доходів громадян згідно з Декретом Кабінету Міністрів України “Про прибутковий податок з громадян” створило ситуацію, за якої велика кількість громадян, які працювали не тільки за основним місцем роботи, була змушена скористатися можливостями, які надавала спрощена система оподаткування: сплачувати єдиний податок у розмірі максимум 200 грн. замість доплати в кінці року прибуткового податку за прогресивною шкалою. Крім того, значна кількість найманих працівників, які мали лише основне місце роботи, зареєструвалися суб’єктами підприємницької діяльності з ініціативи роботодавців – із метою оптимізації обов’язкових платежів, які сплачувалися останніми до бюджетів та цільових фондів. Унаслідок зміни механізму оподаткування доходів громадян шляхом запровадження пропорційного оподаткування із загальною ставкою 13 % значна кількість таких громадян зацікавлена у припиненні свого статусу підприємця та переходу на роботу в якості найманих працівників. Проте існуючий складний та тривалий механізм припинення підприємницької діяльності та, у першу чергу, зняття з податкового обліку змушує відкладати реалізацію цього рішення. У зв’язку з цим, на мою думку, Уряду варто розглянути питання щодо спрощення процедури ліквідації суб’єктів підприємницької діяльності фізичними особами.

Крім того, відомим є той факт, що діюче законодавство не обмежує співробітництво юридичних осіб із підприємцями-фізичними особами. Досить часто на підприємстві працює декілька найманих працівників, більшу частину робіт (послуг) виконують підприємці. Нерідко одні і ті ж особи здійснюють співробітництво з відповідною юридичною особою і як наймані працівники, і як підприємці. Це дозволяє оптимізувати обов’язкові платежі до бюджетів та державних цільових фондів, які сплачуються такими роботодавцями. Проте фактично такі підприємці є суто юридичними підприємцями. Фактично ж вони є найманими працівниками, але без тих соціальних гарантій, які передбачені законодавством України для найманих працівників (право на відпустки, вихідна допомога, умови праці та ін.). У зв’язку з цим така система ніяким чином не сприяє захисту інтересів найманих працівників. З метою недопущення такої

ситуації доцільно передбачити в законодавстві обмеження щодо кількості підприємців, з якими може здійснювати співробітництво юридична особа за основними видами своєї діяльності (маються на увазі відносини субпідряду) такої юридичної особи, наприклад, запровадити певний відсоток підприємців від загальної кількості найманих працівників. Такий підхід дозволить максимально врахувати інтереси і держави, і реальних підприємців, і найманих працівників.

Прирівнювання ж підприємців, які надають послуги одному клієнту за договором, умови якого передбачають надання таких послуг більше одного місяця протягом календарного року (пункт 1.8 статті 1 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб”, яким доповнено Закон згідно із Законом України “Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів” від 25.03.2005 року) не вирішує зазначеної вище проблеми, а лише створює нові. По-перше, уряд та законодавець прирівняли підприємців до найманих працівників лише щодо сплати податку з доходів фізичних осіб. Щодо пенсійного фонду питання залишається спірним серед фахівців. Соціальні внески на загальнообов’язкове соціальне страхування у зв’язку з виплатою доходу таким “найманим” працівникам не сплачуються. По-друге, такий підприємець залишається на спрощеній системі оподаткування, тобто зобов’язаний сплачувати також і єдиний податок. Крім того, залишається відкритим питання щодо порядку застосування цього положення, зокрема, чи поширюється його дія на суми, сплачені таким підприємцям після 31 березня 2005 року, але за послуги, надані до набрання ним чинності? Податкове роз’яснення щодо застосування положень пункту 1.8 статті 1, пункту 9.12 статті 9 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб”, затверджене наказом Державної податкової адміністрації України від 11 травня 2005 року №172 [13] містить позивні для платників положення. Зокрема, ДПАУ зазначає, що як необхідні умови для прирівнювання платника єдиного або фіксованого податку (виконавця) до найманої особи в договорі також мають бути наявні положення про те, що:

- усі вигоди і ризики, пов’язані з виконанням або невиконанням платником єдиного або фіксованого податку робіт/послуг, отримуються / несуться замовником;
- виконавець безоплатно використовує засоби виробництва (сировину, матеріали, комплектуючі, обладнання тощо), які належать на праві власності безпосередньо замовнику робіт (послуг), і не використовує інших засобів виробництва та / або працю інших осіб.

Безумовно, такий висновок ДПАУ є цілком справедливим, проте, він виходить за межі норми Закону, зміст якої роз’яснюється. По суті, ДПАУ створює нову норму, що суперечить Закону України “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” №2181-III [14], згідно з яким податкове роз’яснення не має сили нормативно-правового акта. Отже, зміна або скасування цієї норми Закону є можливими лише шляхом прийняття відповідного законодавчого акта. Слід зазначити, що відповідні кроки парламентом України вже зроблено. Верховна Рада України 3 червня 2005 року прийняла в цілому Закон України “Про внесення змін до деяких законів України” [15], яким скасовується абзац 2 пункту 1.8 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб”, розширюється коло осіб, які можуть перебувати на спрощеній системі та вносяться інші зміни до законів України, спрямовані на покращання податкового становища представників малого бізнесу. Зазначений законодавчий акт також є не повністю досконалим. Зокрема, залишилося неврегульованим питання зняття з обліку платників ПДВ тих осіб, які зареєструвалися на підставі Закону України від 25 березня 2005 року. Проте, враховуючи ті позитивні моменти, які в ньому містяться, сподіваюся, що Президент його підпише ще до публікації цієї статті.

Спрощена система оподаткування є одним із способів державної підтримки малого підприємництва, причому, дуже дієвим способом. Проте, досягнення цієї мети є можливим лише в тому випадку, якщо вона дійсно знижуватиме податковий тягар та спрощуватиме систему обліку та звітності. Про яке спрощення може йти мова, якщо єдиним податком замінюється сплата лише 5-ти обов’язкових платежів (згідно з проектом Податкового кодексу України)? Впевнена, що більшість підприємців згодні платити єдиний податок значно в більшому розмірі, але ж саме єдиний податок! В іншому випадку немає ніякого сенсу в такій “спрощеній” системі. У цьому контексті доцільно передбачити особливості застосування спрощеної системи для малих підприємств та мікропідприємств, а також для фізичних осіб-підприємців.

Для фізичних осіб-підприємців сплата податків, зборів, обов’язкових платежів, передбачених законодавством України, за винятком мита, державного мита, доцільно замінити сплатою єдиного податку. Для фізичних осіб-підприємців, які використовують працю фізичних осіб, які не є підприємцями, на підставі трудового договору чи договору підряду (за винятком самозайнятих осіб у розумінні Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб”) ставка єдиного податку збільшується на 50%, без сплати податку з доходів фізичних осіб та соціальних внесків на загальнообов’язкове державне пенсійне та соціальне страхування.

Із приводу ставки єдиного податку для фізичних осіб вважаю прогресивним положення кодексу щодо запровадження диференційованого підходу до оподаткування. Поряд із цим вважаю необхідним

провести більшу диференціацію: до 100 000 грн. – від 20-200 грн.; від 100 000 – 250 000 грн. – 400. Понад 250 грн. – 5 % від об'єкта оподаткування.

Щодо ставок оподаткування для юридичних осіб вважаю доцільним диференціювати ставки залежно від статусу суб'єкта – окремо малих підприємств та мікропідприємств. При цьому включити до єдиного податку ПДВ.

Стосовно застосування спрощеної системи оподаткування для юридичних осіб хотілося б наголосити на вимозі законодавства Європейського Співтовариства щодо незалежності як одного з критеріїв віднесення підприємств до середніх, малих чи до мікропідприємств. У законодавстві України необхідно чітко закріпити, що підприємство є незалежним, якщо частка іншої юридичної особи в його статутному фонді не перевищує 25%, незалежно від того, чи є така особа великим, середнім, малим чи мікропідприємством. Це дозволить також уникнути ситуації, коли створюються так звані групи компаній, які фактично аж ніяк не підпадають під ознаки малих підприємств, які потребують державної підтримки, у тому числі шляхом податкового стимулювання.

Також необхідно дуже виважено підійти до обмеження застосування спрощеної системи оподаткування для певних видів підприємницької діяльності.

Удосконалення податкового законодавства України має здійснюватися, на мій погляд, двома шляхами:

- шляхом розробки спеціального закону про спрощену систему оподаткування;
- шляхом внесення відповідних змін до проекту Податкового кодексу України.

Вважаю, що на сьогоднішній день першочерговим завданням є якраз розроблення та прийняття Закону України “Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва”.

Кодифікація податкового законодавства – надзвичайно актуальне та необхідне завдання. Проте, її не можна провести за короткий проміжок часу. На мою думку, варто скористатися в цьому випадку досвідом Російської Федерації та прийняти спочатку загальну частину Податкового кодексу. Із приводу спеціальної частини доцільно спочатку поступово удосконалити відповідні спеціальні податкові закони, відпрацювати на практиці відповідні нововведення, та на підставі набутого досвіду розробити відповідні розділи, глави та статті особливої частини Податкового кодексу. В іншому випадку ми матимемо неузгоджений законодавчий акт, який створить більше проблем при застосуванні його норм на практиці, ніж додасть коштів бюджетам усіх рівнів та полегшить податковий тиск на підприємців.

Крім того, Законом України “Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів” від 25 березня 2005 року передбачено розроблення Закону України “Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва”. Уряд та Верховній Раді України варто бути послідовними у своїх кроках щодо проведення реформ в Україні в цілому та податкової реформи зокрема.

ЛІТЕРАТУРА

1. Проект Податкового кодексу України, зареєстрований у Верховній Раді України 14.05.2002 р., №0935 // <http://www.rada.gov.ua>
2. Єфименко Т.І. Податкове регулювання економічного розвитку: Автореф. дис... докт. екон. наук: 08.02.03 / Інститут економічного прогнозування Національної академії наук України. – К., 2003. – 37 с.
3. Дьякон Ю.Г. Оподаткування суб'єктів малого підприємництва за спрощеною системою: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.04.01 / Київський національний економічний університет. – К., 2002. – 15 с.
4. Кузнецова І.С. Трансформація державного регулювання малого підприємництва в Україні: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.02.03 / Інститут економічного прогнозування Національної академії наук України. – К., 2002. – 20 с.
5. Мазур О.С. Формування механізму розвитку малого підприємництва в умовах трансформаційної економіки України: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.02.03 / Одеський державний економічний університет МОН України. – Одеса, 2004. – 18 с.
6. Мараховська Т.М. Податкове стимулювання підприємницької діяльності: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.04.01 / Харківський національний університет ім. В.Н. Каразіна. – Х., 2001. – 19 с.
7. Третьякова О.В. Фінансове забезпечення розвитку малого підприємництва в Україні: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.04.01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2004. – 15 с.

8. Швадченко В.О. Податкове стимулювання розвитку малих підприємств: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.06.01 / Харківський державний економічний університет. – Х., 2003. – 20 с.
9. Щербина О.В. Формування механізмів реалізації політики державної підтримки малого підприємництва в Україні (на матеріалах суб'єктів малого підприємництва): Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.06.02 / Київський національний економічний університет. – К., 1999. – 19 с.
10. Свечнікова О.Г. Правові засади оподаткування фізичних осіб – підприємців: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. – К., 2001. – 18 с.
11. Указ Президента України “Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва” в редакції Указу Президента України від 28 червня 1999 року №46/99 // <http://www.rada.gov.ua>;
12. Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” та деяких інших законодавчих актів” від 25 березня 2005 року №2505-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №17, №18-19. – Ст. 267.
13. Наказ Державної податкової адміністрації України від 11 травня 2005 року №172 “Про затвердження Податкового роз'яснення щодо застосування положень пункту 1.8 статті 1, пункту 9.12 статті 9 Закону України “Про податок з доходів фізичних осіб” // <http://www.rada.gov.ua>.
14. Закон України “Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” №2181-III від 21 грудня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №10. – Ст.44.
15. Закон України “Про внесення змін до деяких законів України”, прийнятий в цілому Верховною Радою України 03.06.2005 р. // <http://www.rada.gov.ua>.

УДК 351.713 (430)

ПОДАТОК НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНИ

Клименко О.В., здобувач

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Сьогодні Україна вибудовує свою податкову систему, орієнтуючись на найрозвиненіші країни світу. Адже податкова система є найважливішою основою економічної системи кожної розвиненої країни. З одного боку, вона забезпечує фінансову базу держави, а з іншого – виступає головним знаряддям реалізації її економічної доктрини. У статті автор вказує і досліджує основи податку на доходи фізичних осіб у Німеччині, які в подальшому могли б претендувати на законодавче закріплення.

Ключові слова: податок, податкова система, прибутковий податок, Європейський Союз, платник податку.

Клименко О.В. НАЛОГ НА ДОХОДЫ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИИ / Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, Украина

Сегодня Украина выстраивает свою налоговую систему, ориентируясь на наиболее развитые страны мира. Ведь налоговая система является важнейшей основой экономической системы каждой развитой страны. С одной стороны, она обеспечивает финансовую базу государства, а с другой – выступает главным орудием реализации ее экономической доктрины. В статье автор указывает и исследует основы налога на доходы физических лиц в Германии, которые в дальнейшем могли бы претендовать на законодательное закрепление.

Ключевые слова: налог, налоговая система, налог на доходы физических лиц, Европейский Союз, налогоплательщик.

Klymenko O.V. INCOME TAX FOR PHYSICAL PERSONS OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY / Kyiyv National University named after Taras Shevchenko, Ukraine

At the moment is elaborating a tax system strong orientation at world's the most developed countries. The tax system is the most important basis of the economic system of any developed country. The tax system secures the financial basis of the state and is the main tool for implementation of the economic doctrine for the same time. In the article “” the author investigates the foundations of income tax of physical persons in Germany, which should be introduced into our legislation in the near future.

Key words: tax, tax system, income tax, European Union, tax payer.

Сформована на даний час податкова система України в основному відповідає світовій практиці. У різних країнах світу системи оподаткування відрізняються одна від одної за структурою, набором податків, зборів та обов'язкових платежів, методами їх стягнення, податковими ставками (нормативами), фіскальними повноваженнями органів різних рівнів влади, податковою базою та податковими пільгами. Це закономірно, оскільки податкові системи формувалися та формуються сьогодні під впливом різних економічних, політичних і соціальних факторів.

Найважливішим видом податків є податок на доходи фізичних осіб, що характерний для будь-якої податкової системи світу [1]. Прибутковий податок Федеративної Республіки Німеччини відрізняється від інших справедливою. Високої справедливості в оподаткуванні можна досягти лише у випадку, коли всі без виключення фізичні особи (принцип універсальності) сплачують податок від загального прибутку (принцип тотальності), а держава, у свою чергу, теж забезпечить дієвість цих принципів. Немає в Німеччині ніяких особистих привілеїв щодо сплати податків.

На даний час правовою основою оподаткування прибутковим податком фізичних осіб у Федеративній Республіці Німеччини є Федеральний Закон про податок на доходи з фізичних осіб (Einkommensteuergesetz/EstG- BGBI I 42) від 19.10.2002 року.

Відповідно до ст.1 Федерального Закону про прибутковий податок суб'єктами оподаткування є громадяни країни – фізичні особи. Система розрахована і опирається на людей, які є працездатними і фінансово спроможними громадянами. Податкові відносини виникають із народженням людини і тривають все її життя. Діяльність, громадянство, місце проживання не мають значення у відношенні до виникнення податкових відносин. Суб'єктами оподаткування, крім громадян, є також подружжя, корпорації (як платники прибуткового податку на заробітну плату), приватні підприємства, товариства.

Закон індивідуального оподаткування звучить так [2]: кожна фізична особа зобов'язана сплатити податки на доходи відповідно до прогресивного тарифу за приналежністю до податкового класу.

Прибутковий податок стягується з фізичних осіб за прогресивною шкалою: мінімальна ставка 19% (при річному доході до 4800 євро), максимальна – 53% (з доходу понад 60 тис. євро). Встановлюється щорічно зростаючий неоподатковуваний податком рівень доходів. Резиденти сплачують податок із доходів, отриманих від підприємницької діяльності в Німеччині і за рубежом. Із суми податку вираховуються збитки і окремі види витрат: передбачені пільги на дітей і залежність від віку платника податків, стан здоров'я та інше. У відношенні нерезидентів податок справляється лише з підприємницького доходу в Німеччині; діє особливий режим ставок, відрахувань і знижок.

Справляння прибуткового податку здійснюється відповідно до Закону за такими ставками (у євро):

Дохід в євро	Ставка податку
з 7 236 до 9 251	$(768,85 \times y + 1\,990) \times y$
із 9 252 до 55 007	$(278,65 \times z + 2\,330) \times z + 432$
понад 55 008	$0,485 \times x - 9\,872$

y – це одна десятитисячна від суми, що перевищує 7200 євро.

z – це одна десятитисячна від суми, що перевищує 9216 євро.

x – це сума, що підлягає оподаткуванню.

Характерною рисою прибуткового податку є податковий обов'язок. Законодавство визначає обмежений і необмежений податковий обов'язок. Фізичні особи, які проживають або знаходяться в межах країни, належать до осіб із необмеженим обов'язком щодо прибуткового податку – тобто всі їхні доходи підлягають оподаткуванню. Законом визначається необмежений податковий обов'язок, якому підлягають:

1. Усі фізичні особи, що проживають у країні.
2. Громадяни Німеччини, що не проживають і не перебувають постійно в країні, але належать до юридичної особи публічного права Німеччини, і з якою перебувають у трудових відносинах і отримують заробітну плату.
3. Фізичні особи, які отримують як доходи в країні, так і доходи з іноземних джерел.
4. Фізичні особи, що отримують доходи з іноземних джерел, з урахуванням угод про уникнення подвійного оподаткування. Фізичні особи, які не проживають або не перебувають у межах країни, як правило, мають обмежений податковий обов'язок, тобто лише окремі доходи, отримані в межах країни (наприклад, від промислового підприємства, капіталу чи надання в оренду), підлягають оподаткуванню прибутковим податком.

Об'єктом оподаткування є дохід від:

1. Роботи в сільському і лісовому господарствах.
2. Промислової діяльності.
3. Найманої праці.
4. Ненайманої праці.
5. Капіталу.
6. Оренди рухомого або нерухомого майна.
7. Інших доходів відповідно до п.22 Закону про прибутковий податок (наприклад, доходи від пенсії).

Доходами в сільському і лісовому господарстві, у промисловій діяльності і найманій праці є прибуток.

Німецьке податкове законодавство визнає, що отримання будь-якого доходу завжди пов'язане з неминучими витратами, а тому в якості об'єкта оподаткування воно розглядає не просто отриманий дохід, а прибуток – *Ueberschuss* – різниця доходів і витрат, пов'язаних із їх отриманням. Вони зводяться до *Werbungskosten*. Потім законодавство заохочує турботу платника податку про своє здоров'я, забезпечення в старості і на випадок надзвичайних ситуацій. А тому дозволяється – у визначених граничних розмірах – не оподатковувати, наприклад, витрати на багато видів страхування. Ці затрати називаються *Vorsorgeaufwendungen* і входять до складу особливих витрат – *Sonderausgaben*. Законодавець заохочує і сім'ю – для сімейних пар податкова шкала м'якша, а щодо доходу, що підлягає оподаткуванню надаються різноманітні знижки, пов'язані з вихованням дітей. І нарешті, законодавець вважає, що багато вимушених витрат, які пов'язані з деякими несприятливими життєвими ситуаціями, також не підлягають оподаткуванню. Ці витрати називаються *aussergewoehnliche Belastungen*, і їх можна задекларувати як предмет полегшення податкового тягаря, звісно із відповідними обмеженнями.

Прибуток обчислюється в результаті співставлення витрат і доходів. Витратами вважаються всі затрати, необхідні для виконання діяльності, пов'язаної з прибутком. Сумою доходів вважається сума всіх позитивних результатів і витрат з окремих видів доходів. Ця сума зменшується в платників податку, старших 64 років, на суму пільги за віком. Фермери і лісники за окремих обставин відповідно до п.13 абз. 3 Закону теж мають пільгові відрахування. Після всіх пільгових відрахувань лишається загальний оподатковуваний дохід. Загальний оподаткований дохід може бути зменшений на законодавчо визначені особливі витрати, якщо вони не належать до виробничих затрат, пов'язаних з отриманням прибутку (наприклад, церковний податок, страхові внески). У випадку відсутності документів застосовується законодавчо передбачена і єдина для всіх сума знижки. Максимальні суми відрахувань на забезпечення складають 1305 євро для самотніх і 2610 євро для сімейних. Для внесків добровільного страхування передбачено також знижки. Загальні суми знижок не передбачаються у випадку, коли платник податку у зв'язку з видом своєї діяльності звільнений від пенсійного і медичного забезпечення третіми особами. У випадку, якщо платник отримує заробітну плату, його оподатковуваний дохід зменшується на законодавчо визначені суми знижки без надання відповідних документів. Якщо витрати перевищують паушальні суми, то при наявності відповідних документів, оподатковуваний дохід зменшується на дійсну суму витрат (у цьому випадку сплачується податок на заробітну плату).

Періодом обчислення будь-якого податку в Німеччині є рік. Прибутковий податок, як правило, нараховується після закінчення календарного року у відповідності до доходу, що отримав платник податку. Процес обчислення податку починається з декларації платника податку своїх доходів за минулий рік (податкова декларація). Податок обчислюється в податковому повідомленні, що надсилається фінансовим відомством. До суми обчисленого прибуткового податку зараховуються:

- сплачені в даному році авансові внески прибуткового податку, що нараховуються фінансовим управлінням на основі заявленої в декларації очікуваної податкової заборгованості, яка підлягає обов'язковій сплаті 1 раз на квартал (10 березня, 10 червня, 10 вересня, 10 грудня);
- утриманий прибутковий податок (податок на зарплату, податок на дохід від капіталу);
- врахований податок із корпорацій.

Усі податкові витрати і надані протягом року пільги вважаються попередніми і після закінчення календарного року підлягають перевірці і перерахунку, а тому податкові класи в податковій карті – *Lohnsteuerkarte* – впливають лише на величину щомісячних податкових утримань із заробітної плати, що зобов'язані робити роботодавці. Загалом податкова карта відображає не лише утримані податки, а й різноманітні відрахування у фонди соціального страхування, що не є податками і ніякому перерахунку не підлягають. Після закінчення року роботодавець повертає податкову карту із заповненою зворотньою стороною, куди заносяться всі виплати і утримання, що були зроблені протягом року. Податкова карта додається до декларації. У податкову карту вноситься запис про відношення до релігії [3], це робиться

для того, щоб встановити приналежність до релігійної громади, на користь якої стягується податок. До таких громад належить римсько-католицька (röemisch-katholisch, помічається на податковій карті „rk“), євангеліана (evangelisch, відмітка „ev“) і єврейська (juedisch, „jd“). Для останньої церковний податок має назву єврейський культовий податок – juedische Kultussteuer -, а сама віра в деяких документах із невідомих причин – ізраїльська – israelisch („is“) або мозаїчна – mosaisch. Представники інших віровчень вирішують свої фінансові питання з громадами без участі держави, відповідно в податковій карті ставиться прочерк. Запис про належність вноситься виключно зі слів платника податку, який у будь-який момент може заявити у відомство у реєстрації місця проживання про вихід із своєї громади чи перехід до іншої. Тоді йому внесуть зміни або взагалі викреслять, в останньому випадку сплачувати церковний податок не треба.

Внесок солідарності [4] – Solidaritaetszuschlag чи – це додаткове навантаження населення з метою отримання коштів для прискореного розвитку економіки земель НДР. Церковний податок і внесок солідарності вираховуються лише у випадку, коли сплачується прибутковий податок. Якщо сума прибуткового податку довічно нулю, то платник податку звільняється від їх оплати.

Податкова декларація [5]. Після закінчення календарного року у фінансове відомство за місцем проживання подається податкова декларація – Einkommensteuererklärung. У ній відображаються всі доходи, що підлягають декларуванню і всі витрати, що можуть знизити оподатковуваний дохід. Фінансове відомство розглядає декларацію – Erklärung- і надсилає своє рішення – Bescheid-, у якому надається розрахунок доходу, що підлягає оподаткуванню. Якщо протягом року було утримано за цим рішенням більше, надлишок практично відразу повертається на банківський рахунок або чеком. Якщо платник податку заплатив менше, фінансове відомство встановлює строк внесення доплати. Якщо фінансове відомство не визнає якийсь із заявлених факторів, що має понизити оподаткований дохід, воно повинно обґрунтувати свою позицію через тлумачення, що надаються в розділі роз'яснення – Erläuterungen. Відсутність роз'яснень позбавляє рішення законної сили. Якщо з рішенням не згодні, то в місячний термін (від дати, що вказана на рішенні фінансового відомства, плюс три дні) можна подати мотивований протест – Einspruch. Якщо його буде відхилено, то наступною інстанцією є фінансовий суд – Finanzgericht, до якого подається скарга на відомство. Фінансовий суд розглядає справу за рахунок програвшої сторони. Неопротестоване рішення в місячний термін набирає законної сили і стає основним документом про фінансове положення у звітному році.

Під доходи, що підлягають оподаткуванню – Steuerpflichtige Einkuenfte, підпадають усі доходи в грошовій і натуральній формах. Основний вид оподаткованого доходу в Німеччині зарібок від робіт за наймом – Einkuenfte aus nichtselbstaendiger Arbeit.

Доходи, що не підлягають оподаткуванню – Steuerfreie Einkuenfte. Це: Інтеграційні допомоги – Eingliederungshilfe -, допомога на випадок безробіття – Arbeitslosengeld – і – Arbeitslosenhilfe -, допомога на дітей – Kindergeld і інші виплати, що надаються відомством праці – Arbeitsamt-; стипендії; гроші на утримання – Unterhaltsgeld, що отримуються із фондів Європейського соціального фонду під час проходження курсів підвищення кваліфікації; допомога по материнству – Mutterschaftsgeld, по вихованню малих дітей – Erziehungsgeld; соціальна допомога – Sozialhilfe; компенсації – Abfindungen, що виплачується роботодавцем за рішенням суду чи на відшкодування різних витрат, пов'язаних із трудовою діяльністю, наприклад, кошти на відрядження, подарунки від роботодавця на суму не більше 30 євро; а у випадку одруження чи народження дитини не більше 350 євро; страхові внески, що виплачує роботодавець; страхові відшкодування; доходи від підробітку за сумісництвом в якості викладача, вихователя, доглядальниці за хворим, музиканта, тренера, від занять мистецтвом та інш., але не більше ніж 1800 євро на рік; отримані рекламні подарунки і чайові, але не більше ніж 1 200 євро на рік; дрібні гонорари, комісійні й інші одноразові заробітки, але не більше ніж 400 євро на рік.

Підлягають оподаткуванню і побічні доходи. Наприклад, допомога знайомому знайти покупця на автомобіль чи клієнта на страховку, за що виплачені комісійні – Provision. Гонорар за статтю в газеті. Такі одноразові доходи зараховуються в оподаткований дохід тоді, якщо їх сума за рік перевищила 400 євро. При цьому з отриманих сум вираховуються пов'язані з цим витрати.

Пільги з податку [6]. Оподаткований дохід зменшується лише на ті витрати, що необхідні для роботи, що пов'язані з непередбачуваними негативними обставинами або направлені на підстраховку у випадку виникнення таких обставин, але ніколи не розповсюджуються на витрати для особистих потреб, відпочинок чи хоббі. Наприклад, робітник купує телевізор, включає кошти у витрати і отримує від фінансового відомства знижку податку, обґрунтувавши цю покупку таким чином: робітник працює в роботодавця на посаді телеглядача, отримує за перегляд програм заробітну плату і доводить фінансовому відомству, що телевізор не використовується в особистих цілях, роз'яснюючи при цьому, чому він купив телевізор за особисті гроші, поставив у себе вдома, а не використовує телевізор роботодавця на робочому місці.

Витрати, пов'язані з професійною діяльністю (Werbungskosten). Для того, щоб одержати кошти у вигляді заробітної плати, робітнику чи службовцю необхідно понести неминучі витрати. Треба купити білет на проїзд чи заправити автомобіль, придбати і потім прати спецодяг, придбати власний інструмент або спеціальну літературу. Усе це вважається зрозумілим, і щорічно без потреби надавати підтверджуючі папери, із сукупного оподаткованого доходу автоматично вираховується 1000 євро – Arbeitnehmer-Pauschale. Якщо витрати перевищують цю суму, то вони підлягають обов'язковому документальному підтвердженню. До витрат, пов'язаних із професійною діяльністю, відносять: поїздки від дому до роботи - Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstelle – з 01.01.2001 р. будь-який працівник має право претендувати на норматив 35 центів за перші 10 км відстані до місця роботи і 40 центів за 11-й і наступні кілометри незалежно від того, яким чином він добирається до роботи, навіть пішки. Без підтвердження визнаються 230 діб на рік. Якщо більше – необхідна довідка роботодавця про фактичну кількість відпрацьованих діб.

Службові відрядження (Dienstreisen). Німецькі роботодавці дуже часто відшкодовують не всі додаткові витрати, пов'язані з відрядженням, а лише їх частину. Невідшкодовані витрати включаються до декларації для зниження податку. Структура витрат на відрядження розраховується за фактичну вартість білетів, а у відрядженнях власним транспортом – по 0,29 центів/км. Готель – згідно з відповідно чеками і квитанціями, а за їх відсутності в Німеччині – 19,5 євро за добу, в інших країнах – за нормами, встановленими для кожної із країн. Якщо в готельну квитанцію включений сніданок, а окремо сума не вказана, із рахунку вираховується 4,5 євро в Німеччині і 20 % добового нормативу за кордоном.

Sonderausgaben – особливі витрати. Ця група витрат ділиться на Vorsorgeaufwendungen – страхові внески і заощадження і uebrige Sonderausgaben – інші особливі витрати.

Vorsorgeaufwendungen чи особливі витрати, пов'язані із забезпеченням охорони здоров'я, матеріальним забезпеченням у старості і виконанням громадських обов'язків. До них відносяться витрати на страхові суми, що утримуються роботодавцем чи добровільно сплачені на соціальне страхування, Haftpflicht- і Unfallversicherung – страхування від нещасних випадків і на випадок громадянської відповідальності, у тому числі і на автомобіль, собаку, страхування власного будинку чи квартири. Враховується також Lebensversicherung – страхування життя, внески в касу на випадок смерті і пенсійний фонд. Не вираховуються на Rechtsschutzversicherung – адвокатські страховки, Teil- або Vollkasko, а також Hausratversicherung – страхування домашнього майна. Усі vorsorgeaufwendungen – страхові внески і заощадження вираховуються з оподаткованого доходу у визначених розмірах.

До інших особливих витрат відносяться Unterhaltszahlungen – аліменти колишній дружині чи колишньому чоловікові (не дитині!) в розмірі до 13500 євро на рік – за умови, якщо отримувач аліментів погоджується сплачувати з них податки на загальних умовах.

Steuerberatungskosten – витрати на отримання податкових консультацій. Це не лише, сплачені рахунки від податкового агента, а й витрати на придбання літератури з оподаткування, купівлю комп'ютерних програм для заповнення податкових декларацій, поїздки до податкового агента.

Schulgeld – плата за навчання дітей в школах, що мають статус школи продовженого дня – Ersatz - або Ergaenzungsschule, наприклад, в інтернаті для навчання іноземної мови; Spenden – пожертва різноманітним фондам, науковим і культурним закладам, релігійним об'єднанням, політичним партіям тощо – лише за пред'явлення довідки пожертви – Spendebescheinigung – особливого зразка; Berufsausbildungskosten – витрати на отримання і удосконалення кваліфікації в професії, – курси, екзамени, посібники, проїзд – але не більше ніж 900 євро (1200 євро, якщо проживання за місцем навчання, а не вдома) на рік; потім церковний податок – Kirchensteuer – він теж відноситься до особливих витрат.

Витрати, на які зменшується оподаткований дохід:

Aussergewoehnliche Belastungen – непередбачувані витрати. До цієї групи належить декілька видів витрат:

- Звичайні – aussergewoehnliche Belastungen: нерегулярні витрати, яких не можливо уникнути з правових, моральних чи інших причин, і причому в результаті яких не було придбано ніякої вигоди, а навпаки при рівних інших умовах положення гірше ніж у середнього платника податку.
- Законодавець вважає, що для кожної сім'ї існують – zumutbare Belastungen – припустимі затрати, а тому оподаткований дохід зменшується лише на суму, що їх перевищують. Вона складає від 1 до 7 % загального річного доходу сім'ї.
- Власні, не відшкодовані страховкою витрати на оплату медичного обслуговування: перебування в лікарні, виконання прописаних лікарем лікувальних процедур, у тому числі курортних, лікування і протезування зубів, придбання ліків (лише за рецептом лікаря!), поїздки на лікування тощо.

- Bestattungskosten – витрати на похорони рідних, оскільки їх неможливо покрити за причини відсутності спадщини чи відповідної страховки.
- Scheidungskosten – витрати, пов'язані з процедурою розірвання шлюбу, затрати у зв'язку з веденням кримінальної справи за умови виправдання; справи про відшкодування шкоди за умови визнання судом відсутності лиходійного наміру або халатності, про ображення особистості та інше. У літературі є багато випадків щодо виграних процесів платниками податку, пов'язаних із подібними витратами, як, наприклад, витрати на зміну гардероба у зв'язку із зумовленою хворобою, пов'язаною з похудінням.
- Unterstuetzung beduerftiger Personen – підтримка осіб, що потребують допомоги.

У 1996 році законодавством було встановлено, що дохід, який підлягає оподаткуванню, зменшується на суми, витрачені на підтримку тих, по відношенню до кого існує обов'язок підтримувати один одного – unterhaltsberechtigzte Personen. Згідно з німецьким законодавством до таких відносяться предки і потомки по прямій лінії: дідуся/бабусі, батьки, діти, внуки, а також колишнє подружжя. На податок впливають суми підтримки, що не перевищує 3500 євро (2004 рік.) на одну людину в рік. При цьому всі країни світу поділені на три зони. До першої входять: Західна Європа, США, Японія, Ізраїль з нормативом 3500 євро. До другої зони відносять: Аргентину, Тайвань, Південну Корею і інші з максимальною сумою 2250 євро на рік. І до третьої зони включають усі країни колишнього Радянського Союзу, де передбачається сума не більше 1125 євро на рік на одну особу відповідно до довідки про підтримку – Unterstuetzungsbescheinigung, визначеного зразка.

Можна назвати, ще деякі види незвичайних витрат – aussergewoehnliche Belastungen: Pauschale fuer Behinderte – знижки для інвалідів, від 300 до 1400 євро на рік залежно від процента інвалідності, і 3600 євро для сліпих і повністю безпорадних інвалідів; сума по догляду за хворим – Pflegepauschbetrag – 900 євро на рік.

Діти і податки (Kinder-, Haushalts- и Ausbildungsfreibetrag). Об'єктом оподаткування є одна людина або пара, яка проживає разом чи перебуває в зареєстрованому шлюбі. Власний заробіток і доходи дітей, незалежно від того, живуть вони разом із батьками чи окремо, повнолітні чи ні, ніколи не зараховується до доходів батьків. Батьки, навпаки, отримують пільги на дітей: – Kindergeld – дитячі гроші чи Kinderfreibetrag – дитяча сума, що не підлягає оподаткуванню. Отримувати дозволяється одне з двох, фінансова установа при розгляді податкової декларації повинна визначити, який варіант вигідніший платнику податку. На практиці Kinderfreibetrag – зменшення загального оподаткованого доходу може бути вигідне, якщо доходи перевищують середній заробіток населення. Haushaltsfreibetrag – податкова знижка батькам-одиначкам. Цю знижку в розмірі 2800 євро отримує один із батьків, який проживає на території Німеччини разом із дитиною, і за умови, коли він отримує або допомогу на дитину – Kindergeld чи знижку при оподаткуванні – Kinderfreibetrag. Насамперед, першочергове право на це має мати, і для того, щоб воно перейшло до батька, діда чи бабусі, необхідна її письмова згода. Дитина в цьому випадку має бути зареєстрована за місцем проживання батька, що претендує на пільги.

Ausbildungsfreibetrag – пільга на освіту. Ця пільга надається батькам дітей до 18 років, які продовжують освіту і вносять за це плату в розмірі 900 євро на рік, а старші 18 років – усім (1200 євро на рік). Якщо дитина старша 18 років проживає окремо, Freibetrag розмір пільги складає 2100 євро на рік. Ця сума зменшується на власні доходи дитини настільки на скільки вони перевищують 1800 євро на рік. При цьому враховуються всі види заробітку, у т. ч. і стипендія.

Податкова декларація – Einkommensteuerklaerung [7].

Платник податку повинен щорічно звітуватися перед фінансовими органами про свої доходи. Але він звільняється від цього обов'язку, якщо він працював протягом року в одного роботодавця, який утримував всі податки і обов'язкові платежі, а платник при цьому не мав додаткового заробітку, або якщо додатковий заробіток не перевищував 400 євро. А також за умови, якщо в податковій картці немає пільг, і відповідно члени родини не мали додаткових доходів і не користувалися пільгами. У цих випадках платник податку звільняється від подачі декларації, але, якщо з нього було утримано більше податків, він завжди має право, подаючи декларацію, повернути зайво сплачені кошти. Обов'язкові податкові декларації – Einkommensteuerklaerung- подаються до фінансового відомства до 31 травня того року, який слідує за звітним. Якщо платник податку звертається за допомогою до податкового агента – Steuerberater-, то термін подачі декларації подовжується до 30 вересня, а за заявою податкового агента він може бути подовжений до 28 лютого, наступного за цим роком. Для добровільної подачі декларації терміну немає. Але, якщо платник податку зробив це через 2 роки, наступних після звітного, право на відшкодування зайве сплачених коштів він втрачає. Бланки податкових декларацій видаються безкоштовно фінансовими відомствами. Якщо податкова декларація подається не вперше, вони автоматично надсилаються поштою. Через місяць після закінчення звітного терміну, інколи навіть і через рік, фінансове відомство надсилає нагадування зі встановленням нового терміну подання декларації. Якщо і на цей раз декларація не надходить, то фінансовий працівник відповідно до інструкції,

Юридичні науки

користуючись середніми цифрами для обчислення, вираховує суму податку самостійно. У цьому випадку оцінка буде зроблена на користь держави по максимальній ставці. Це рішення фінансового органу визнається законним, як і те рішення, що обчислене на основі поданих реальних цифр. Якщо оплата не надходить, надсилається нагадування – *Mahnung*, потім слідує повідомлення – *Vollstreckungsankuendigung* – про початок процесу примусового виконання рішення, далі на банківський рахунок накладається арешт – *Pfändung*, і розпочинається кримінальне розслідування з причини несплати податку – *Steuerhinterziehung*. При цьому всі витрати, штрафи і пені нараховуються до суми і підлягають обов'язковій оплаті.

Податок на придбання нерухомості [8]. На даний час податок на придбання нерухомості (*Gründerwerbssteuer*) складає 3,5 відсотка від ціни покупки. При цьому немає значення, яким чином покупці розраховуються за своє надбання – готівкою, за рахунок кредиту, іншим чином, і в якому відношенні. Цікаво те, що два роки тому даний податок складав 1,5 відсотка, потім його було підвищено. На даний час німецький Федеральний Конституційний суд (*Bundesverfassungsgericht*) розглядає скаргу про правомірність такого підвищення, а тому всі операції з нерухомістю в Німеччині здійснюються з приміткою (*unter Vorbehalt*), для того, щоб потім мати можливість вимагати повернення частини суми.

Під час покупки нерухомості судове відомство (*Grundbuchamt*), яке реєструє нових власників, кожного разу робить контрольне повідомлення у фінансове відомство, яке теоретично може поцікавитись походженням грошей.

Податкові декларації у Федеративній Республіці Німеччині заповнюються в основному з метою повернення зайве сплачених коштів. У січні і лютому робітники і службовці отримують від своїх роботодавців картки обчислення податку на заробітну плату (*Lohnsteuerkarte*). Більшість громадян беруть це до відома і не декларують ніяких вимог, але в кожного залишається можливість заповнити податкову декларацію (*Steuererklärung*) і передати її у фінансове управління (*Finanzamt*). Фінансове управління, у свою чергу, перевіряє оподаткування в кожному конкретному випадку і відшкодовує працівникові зайве утриманий податок на заробітну плату. Податок на заробітну плату перераховується роботодавцем безпосередньо фінансовому відомству. Розмір перерахувань вказується в картці вирахування податку на заробітну плату. Крім цього, можливе також відшкодування зайве сплаченого церковного податку (*Kirchensteuer*) і податку солідарності (*Solidaritätszuschlag*). Зокрема фінансове відомство відшкодовує зайве утриманий податок, якщо вказані великі витрати, що пов'язані з виконанням трудової діяльності. До таких відносяться, наприклад, витрати на проїзд до місця роботи і назад (*Fahrtkosten*). За умови користування власною автомашиною відшкодовується 0,20 євроцентів за 1 кілометр. Крім того, податкову декларацію необхідно надати до фінансового відомства в тому випадку, якщо в громадянина є діти, які не вказані в картці нарахування податку на заробітну плату. Це стосується досить часто дітей віком старше 16 років, що отримують професійну освіту чи перебувають на військовій службі, зайнятих на соціальних роботах замість військової служби тощо. Фінансове відомство може відшкодувати зайве сплачений податок на заробітну плату також тоді, коли неправильно вибраний сімейними робітниками чи службовцями клас оподаткування негативно вплинув на розмір попередньо утриманого податку.

Крім вищесказаного, існує багато можливостей отримати відшкодування податку на заробітну плату. Це можуть бути великі витрати, пов'язані з хворобою, що не взяла на себе лікарняна каса; матеріальна підтримка родичів; витрати, пов'язані з переїздом на нове місце роботи; витрати, пов'язані з дорожньо-транспортною пригодою по дорозі на роботу і т.і.

На жаль, багато робітників і службовців не користуються можливістю повернути гроші, і щороку, таким чином, у сумі втрачаються мільйони євро, які фінансове відомство, повинне було, власне кажучи, їм повернути назад.

Податок на заробітну плату [9].

Різновидом прибуткового податку є податок на заробітну плату. Ставки аналогічні ставкам прибуткового податку. Податок на заробітну плату стягується шляхом утримання з найманих робітників, у тому числі з нерезидентів, але за особливими правилами. Даний податок є лише окремою формою прибуткового податку, а не самостійним податком. Правовою основою утримання цього податку є Федеральний Закон про прибутковий податок (ЗпПП) від 21.09.2002 року. Як доповнення до нього використовується «Розпорядження про обчислення податку на заробітну плату», у якому міститься відсутнє у Федеральному Законі повне роз'яснення про утримання податку. Крім цього, із метою з'ясування сумнівних і неоднозначних законів, видані директиви про податок на заробітну плату.

Основні риси податку на заробітну плату: утримання і перерахування податку на заробітну плату зобов'язаний здійснювати кожний роботодавець країни. При цьому податок на заробітну плату утримується не лише з працівників, які мають місце проживання або звичайного перебування в межах країни (необмежений податковий обов'язок), а і з тих осіб, які не мають місця проживання або звичайного перебування в межах країни, але доходи яких на 90% підлягають оподаткуванню німецьким прибутковим податком або доходи яких не підлягають оподаткуванню німецьким податковим податком,

не перевищують 6.000 євро на рік (оскільки вони рахуються особами з необмеженим податковим обов'язком), а також із працівників, які не мають місця проживання і звичайного перебування в даній країні, але отримують роботу в її межах і реалізують у ній результати своєї діяльності, що здійснюється за її межами (обмежений податковий обов'язок). Аналогічний підхід розповсюджується на працівників, які проживають за межами країни, однак отримують заробітну плату з джерел даної країни.

Податок на заробітну плату утримується із заробітної плати (це є дохід від найманої праці). Заробітна плата – це всі доходи, що отримує працівник у результаті виконання службових обов'язків. До таких доходів відноситься не лише оплата готівкою, а й негрошові допомоги (наприклад, харчування, проживання), а також інші грошові еквіваленти (приватне користування службовим автомобілем).

Для утримання податку на заробітну плату складається річна таблиця податку на зарплату, податкові ставки якої, впливають із тарифу прибуткового податку. Утримання із заробітної плати розраховуються виходячи із таблиці податку на зарплату по денних, тижневих і місячних виплатах. Таблиці податку на зарплату містять суми податків по всіх податкових групах (I-IV), за якими працівники розподіляються залежно від сімейного стану.

Податковий клас I. До першого податкового класу належать: незаміжні, одинокі, розлучені, а також працівники, у яких подружжя тривалий час проживає окремо, чи перебуває тривалий час за кордоном, а також вдови та вдівці.

Податковий клас II. До другого податкового класу належать працівники, самітні, розлучені або вдівці, з якими проживає хоча б одна дитина, на яку вони отримують неоподатковану мінімальну допомогу.

Податковий клас III. До третього податкового класу відносяться працівники, що мешкають разом із своїм подружжям у країні, коли кожний із подружжя не сплачує прибутковий податок або належить до п'ятого класу. Вдови, вдівці належать до третього класу лише у випадку, коли один із подружжя помер у календарному році, наступному після смерті одного з подружжя.

Податковий клас IV. До четвертого податкового класу відносяться працівники, коли кожний із подружжя отримує заробітну плату і вони проживають разом у країні або нетривалий час окремо.

Податковий клас V. До п'ятого податкового класу відносяться працівники, чиє подружжя відноситься до третього класу платників.

Податковий клас VI. До шостого податкового класу відносяться працівники, що отримують заробітну плату від декількох роботодавців, які мають другу чи третю податкову картку.

При нарахуванні суми податку враховуються обов'язково неоподатковані мінімуми, на які має право працівник, і також паушальні – середні арифметичні – суми, залежно від податкового класу, що не підлягають оподаткуванню.

Роботодавець утримує податок із кожного виду виплати. Основою для утримання служить податкова картка. Податкову картку видає громада кожної федеральної землі на основі документів перед початком нового календарного року. Громада вказує на податковій картці податкову групу, число неоподаткованих мінімумів для дітей віком до 18 років і також належність працівника до релігії. Крім того, громада вносить в податкову картку суми знижки, що нараховуються інвалідам і особам, які втратили годувальника, у випадку, коли вони мають бути враховані при оподаткуванні працівника. При наявності інших неоподаткованих мінімумів або за необхідності внесення в податкову картку дітей, старших 18 років, запис у податкову картку на прохання роботодавця робить фінансове управління. Податок на заробітну плату всіх працівників, зведений в єдину суму після зарахування з сумами виплаченої допомоги на дитину, перераховується роботодавцем у визначені терміни (раз на місяць, на квартал або на рік) фінансовому управлінню, до якого належить дане підприємство. При цьому передаються відомості про податок на заробітну плату, де вказується лише загальна сума утриманого податку, у цьому випадку не вимагається ніяких даних про працівника, на основі яких здійснюється оподаткування.

Переплачені роботодавцем суми податку на заробітну плату повертаються йому після закінчення календарного року. Це робиться шляхом річного вирівнювання податку на заробітну плату, що здійснюється роботодавцем, а також у результаті подачі заяви (наприклад, про нарахування пільг за минулий період). У деяких випадках працівники підлягають обов'язковій перевірці для встановлення їх податкової заборгованості для нарахування прибуткового податку. Це стосується, головним чином, тих випадків, коли працівник має додаткові доходи або коли на його картці вказаний неоподаткований мінімум. При встановленні прибуткового податку переплачені суми повертаються, а недоплачені утримуються. Платником податку на заробітну плату є працівник, однак відповідальність за утримання податку у встановлених розмірах і його перерахування до фінансової установи лежить на роботодавцеві. Якщо фінансове управління встановлює, що утримувався надто низький податок, то воно може вимагати різниці з роботодавця або з працівника.

Отже, податкова система Федеративної Республіки Німеччина досить ефективна по своїй суті, а тому я стовідсотково переконана в тому, що вона має бути поступово трансформована в українську економіку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Воронова Л.К., Кучерявенко Н.П. Финансовое право. – Харьков: Легас, 2003. – С. 124.
2. Кучерявенко Н.П. Теоретические проблемы правового регулирования налогов и сборов в Украине. – Х.: Консум, 1997.
3. Wilhelm H. Wacker (Hrsg), Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung, Verlag Frany Vahlen GmbH, Muenchen, 1994
4. Основний Закон Федеративної Республіки Німеччина, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Norbert Josef Riese. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 1988.
5. Einkommensteuergesetz (BGBI 4212) v. 19.10.2002 – Закон про податок на доходи з фізичних осіб Федеративної Республіки Німеччина № 4212 від 19.10.2002. Wichtige Steuergesetze, Verlag NWB, Berlin 2003, S.179.
6. Prof. Dr. Klaus Tipke, Prof. Dr. Joachim Lang, Sreuerrecht. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Koeln, 2002, S. 210.

УДК 342.924

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ

Ніколаєнко К.В., аспірант

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Стаття присвячена загальним положенням про адміністративні послуги, зокрема, проблемі визначення поняття адміністративних послуг, ознакам та видам адміністративних послуг. Значна увага приділяється відповідному понятійному апарату, розмежуванню таких суміжних понять, як “адміністративні послуги”, “публічні послуги”, “державні послуги”, “муніципальні послуги” тощо. У статті обґрунтовується актуальність вивчення проблематики адміністративних послуг для потреб практики та необхідність вирішення проблеми, пов’язаної з удосконаленням організації надання адміністративних послуг. Виділено окремі недоліки сучасної вітчизняної організації надання адміністративних послуг. Особливу увагу в статті присвячено пропозиціям щодо підвищення якості надання адміністративних послуг. Обґрунтовується думка про виділення адміністративних послуг в окремий інститут права.

Ключові слова: адміністративні послуги, публічні послуги, державні послуги, муніципальні послуги, адміністративна реформа, державне управління, місцеве самоврядування.

Николаенко К.В. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ УСЛУГАХ / Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины

Статья посвящена общим положениям об административных услугах, в частности, проблеме определения понятия административных услуг, признакам и видам административных услуг. Значительное внимание уделяется соответствующему понятийному аппарату, разграничению таких смежных понятий, как “административные услуги”, “публичные услуги”, “государственные услуги”, “муниципальные услуги” и тому подобное. В статье обосновывается актуальность изучения проблематики административных услуг для потребностей практики и необходимость решения проблемы, которая связана с усовершенствованием организации предоставления административных услуг. Выделены отдельные недостатки современной отечественной организации предоставления административных услуг. Особое внимание в статье уделено предложениям по повышению качества предоставления административных услуг. Обосновывается мысль о выделении административных услуг в отдельный институт права.

Ключевые слова: административные услуги, публичные услуги, государственные услуги, муниципальные услуги, административная реформа, государственное управление, местное самоуправление.

Nikolayenko K.V. GENERAL ASPECTS OF ADMINISTRATIVE SERVICES / V. M. Korets'kyiy Institute of State and Law of National Academy of Sciences of Ukraine

The article is dedicated to general aspects of administrative services, to the problem of defining of the administrative services concept, the distinctive features and kinds of administrative services in particular. The special attention is paid to definitions, differentiation of such adjacent concepts, as "administrative services", "public services", "state services", "municipal services", etc. The urgency of studying of administrative services problems for the needs of practice and the necessity of salvation of the problem of improvement of

the organization of granting of administrative services are stressed in the article. Separate lacks of the modern domestic organization of granting of administrative services are allocated. The author makes some proposals on improvement of quality of granting of administrative services. The opinion on allocation of administrative services in separate institute of the law is represented.

Key words: administrative services, public services, state services, municipal services, administrative reform, the government, local self-management.

Зміна політичної системи, проголошення Україною своєї суверенності та незалежності, прийняття демократичної Конституції, визнання людини найвищою соціальною цінністю – все це зумовило прийняття Концепції адміністративної реформи в Україні та вжиття заходів щодо її впровадження.

Метою адміністративної реформи є поетапне створення такої системи державного управління, що забезпечить становлення України як високорозвинутої, правової, цивілізованої європейської держави з високим рівнем життя, соціальної стабільності, культури та демократії, дозволить їй стати впливовим чинником у світі та Європі. Її метою є також формування системи державного управління, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним пріоритетом її діяльності буде служіння народowi, національним інтересам (концепція служіння, яка полягає в тому, що сучасна держава не управляє суспільством, а надає йому послуги, задовольняє його потреби, при цьому громадяни у відносинах із владою є не прохачами, а споживачами послуг, – є однією з основних концептуальних засад, на які спираються дослідження з проблематики адміністративних послуг – прим. авт.). Ця система державного управління буде підконтрольною народowi, прозорою, побудованою на наукових принципах і ефективною.

Оскільки головними ідеологами запровадження теорії послуг в Україні є представники науки адміністративного права (В.Б. Авер'янов, І.Б. Коліушко), то при використанні категорії „послуги” головний акцент робиться на адміністративній процедурі їх надання. Сьогодні вивчення проблематики адміністративних послуг для потреб практики є актуальним, насамперед, з наступних причин: по-перше, термін „послуги” в публічному праві міститься не лише в програмних документах з адміністративної реформи, а й у чинних нормативно-правових актах, де використовуються поняття „державних послуг”¹ та „платних послуг”, які надаються органами влади²; по-друге, розуміння юридичного змісту такого явища, як адміністративні послуги сприяє уніфікованому регулюванню відповідних відносин та впровадженню нових організаційних форм їх надання через так звані „виконавчі агенції” та „універсами послуг”, що стало досить популярним у багатьох зарубіжних країнах.

Для цілей підвищення ефективності виконання завдань держави та місцевого самоврядування доцільно використовувати „найширше” поняття – „публічні послуги”, тобто всі послуги, які надаються публічним сектором і за надання яких відповідальність несе публічна влада.

Вважаємо за необхідне чітко розібратися з понятійним апаратом та найважливішими ознаками окремих видів публічних послуг.

Виходячи з ознаки суб'єкта, що надає послуги, можна запропонувати для використання таку класифікацію публічних послуг.

Державні послуги – це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед, виконавчої) та державними підприємствами, установами, організаціями. До державних послуг повинні відноситися також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень. У цьому випадку на перше місце для визначення природи послуги ставиться не безпосередній суб'єкт її надання, а суб'єкт, який несе відповідальність за надання цієї послуги, та джерело фінансування надання даного виду послуг, тобто вид бюджету.

Муніципальні послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування та комунальними підприємствами, установами, організаціями. Вживаний у вітчизняному адміністративному праві прикметник „громадські” також не зовсім коректний, адже допускає змішування діяльності органів місцевого самоврядування з діяльністю громадських організацій (фактично саме останні надають громадські послуги).

Державні та муніципальні послуги разом можна назвати публічними послугами. Тобто публічні послуги – це всі послуги, що надаються публічним сектором, а також приватним сектором під відповідальність публічної влади та за рахунок публічних коштів.

¹ Підпункт 7.11.13 статті 7 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №4. – Ст. 28.

² Див., наприклад: Перелік платних послуг, що можуть надаватися митними органами, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України №1952 від 25 грудня 2002 року // Урядовий кур'єр. – 2003. – №1.

Адміністративні послуги – це та частина публічних послуг, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень.

На нашу думку, доцільно зосередити увагу на адміністративних послугах, оскільки для підвищення ефективності державного управління та місцевого самоврядування упорядкування вимагає саме діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Відповідно до офіційного проекту адміністративно-процедурного кодексу „адміністративна послуга – це результат діяльності уповноваженого суб'єкта, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умови реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою”.

Можна виділити такі формальні ознаки адміністративних послуг:

- 1) адміністративна послуга надається за заявою приватної особи (зверненням фізичної або юридичної особи). Контрольна діяльність, зокрема перевірки, ревізії, інспектування тощо та інша дозвільно-розпорядча діяльність адміністративного органу не є адміністративними послугами;
- 2) надання адміністративних послуг пов'язане із забезпеченням умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи (діяльність щодо проведення реєстрації, видачі дозволів, ліцензій тощо);
- 3) адміністративні послуги надаються адміністративними органами (насамперед органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування – тут поняття “адміністративного органу” вживається в статутному значенні) і обов'язково через реалізацію владних повноважень. У функціональному значенні органом може вважатися будь-який суб'єкт, у тому числі підприємство, установа, організація незалежно від форми власності, який на виконання закону чи в порядку делегування повноважень здійснює функції державного управління або місцевого самоврядування. Отримати конкретну адміністративну послугу можна лише у відповідному (як правило, тільки одному) адміністративному органі. У цьому сенсі адміністративний орган володіє монополією на надання такої адміністративної послуги;
- 4) право на отримання особою конкретної адміністративної послуги та відповідне повноваження адміністративного органу має визначатися лише законом;
- 5) результатом адміністративної послуги в процедурному значенні є адміністративний акт (рішення або дія адміністративного органу, яким задовольняється заява особи). Такий адміністративний акт має конкретного адресата – споживача адміністративної послуги, тобто особу, яка звернулася за даною послугою.

У чинному законодавстві на сьогоднішній день можна виділити такі групи адміністративних послуг за їх предметом:

- 1) видача дозволів, у тому числі акредитація, атестація, сертифікація (наприклад: зайняття окремими видами підприємницької діяльності; акредитація вищих навчальних закладів; атестація робочих місць; сертифікація товарів, робіт, послуг);
- 2) реєстрація з веденням реєстрів, у тому числі легалізація суб'єктів (наприклад, реєстрація актів громадянського стану, суб'єктів підприємницької діяльності; легалізація об'єднань громадян);
- 3) легалізація актів, нострифікація³, верифікація⁴;
- 4) соціальні адміністративні послуги (наприклад: призначення субсидій, пенсій).

Сучасна вітчизняна організація надання адміністративних послуг із точки зору зручності для приватних осіб характеризується багатьма недоліками. Серед них можна, зокрема, виділити такі: територіальна розпороченість адміністративних органів; обмежена кількість днів та годин прийому громадян; відсутність достатньої інформації щодо порядку отримання послуг; встановлення необґрунтовано довгих строків для надання деяких послуг; фактичне примушування приватних осіб до отримання супутніх платних послуг (ксерокопіювання, консультування) тощо.

Принципово важливо виробити стандарти надання адміністративних послуг. У вітчизняній юридичній науці під “стандартом” (від англ. standart – норма, зразок, модель) розуміють документ, що встановлює для загального і багаторазового застосування правила, загальні принципи або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів, з метою досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній галузі⁵. Найвагомішим у цьому визначенні, на нашу думку, є те, що під стандартом розуміються

³ Нострифікація – визнання дипломів, виданих в інших країнах.

⁴ Верифікація – встановлення достовірності сертифікатів про походження товарів з України.

⁵ Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: “Укр. Енцикл.”, 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. – С. 614.

офіційно визначені вимоги. Таким чином, стандартами якості адміністративних послуг є конкретні вимоги щодо надання адміністративної послуги, яким повинна відповідати діяльність адміністративного органу, і за допомогою яких можна оцінити, наскільки якісно надається та чи інша адміністративна послуга.

Вважаємо за необхідне при визначенні стандартів якості адміністративних послуг враховувати такі критерії, як результативність, простота і зручність, оперативність, рівність і чутливість, відкритість, справедливість та зручність оплати, тобто ті показники, які дають змогу визначити, наскільки при наданні конкретної послуги є задоволеними потреби та інтереси споживача.

Результативність означає, що адміністративний орган повинен орієнтувати свою діяльність на те, щоб задовольнити потребу особи, тобто орган повинен орієнтуватися на досягнення результату, а не лише формально дотримуватись правил.

Вимоги, які ставляться до приватної особи для отримання послуги, повинні бути обґрунтованими і найпростішими (простота). Особа повинна подавати заяву та необхідний мінімум документів, а все спілкування (погодження, експертизи, повідомлення) має здійснюватися всередині органу і між органами, а не покладатися на особу.

Зручно, коли всі або більшість адміністративних послуг можна отримати в одному місці (тут же оплатити їх тощо) і коли особа змушена спілкуватися з органом влади не більше двох разів – коли звертається за послугою і коли отримує позитивний результат. Зручність повинна передбачати доступність (територіальну наближеність), тобто можливість особи без непомірних (непропорційних) витрат часу, коштів та інших зусиль відвідати адміністративний орган. Зручно, коли особа може завітати до адміністративного органу не тільки в робочі дні й години, а й, скажімо, у вихідний день або ввечері. Цей критерій також означає, що особі надається максимум способів звернення за послугою (наприклад, особисто, поштою, електронною поштою тощо), за інформацією щодо неї. Інформація, необхідна для отримання адміністративної послуги, має бути відкритою та легкодоступною (відкритість). Адміністративний орган повинен консультувати споживачів послуг з усіх питань, пов'язаних з отриманням послуг.

Орган та його працівники повинні ставитися до кожної особи як до найважливішого споживача/клієнта (чуйність). Службовець, який спілкується з приватною особою, повинен роз'яснювати особі її права та обов'язки, повідомляти іншу необхідну інформацію, тобто сприяти особі в позитивному вирішенні її справи. Адміністративний орган повинен однаково добре ставитись до всіх споживачів адміністративних послуг (рівність). Це також означає, що однакові справи повинні вирішуватися однаково, в однаковий строк, з однаковими вимогами.

Часове обмеження надання адміністративної послуги означає, що послуга повинна надаватися не пізніше визначеного строку (строковість), якомога швидше (оперативність) та з урахуванням конкретних потреб особи в певній ситуації (своєчасність). Своєчасність вимагає, щоб орган в окремих випадках діяв особливо швидко, враховуючи особливості окремо взятого випадку. За цими ознаками своєчасність є найвищою оцінкою якості.

Мінімальна (справедлива) вартість, означає, що особа не повинна відчувати себе ошуканою при оплаті адміністративної послуги. Вартість послуги, за загальним правилом, не повинна перевищувати вартості фактичних витрат на надання даного виду послуг. Сюди ж можна віднести зручність оплати, наприклад, безпосередньо в адміністративному органі.

Обмежуючись адміністративними послугами, що надаються органами місцевого самоврядування, можна використовувати наступний план дій щодо вдосконалення системи надання адміністративних послуг. Спочатку необхідно скласти загальний перелік адміністративних послуг, що надаються місцевою владою, тобто список, складений за такими необхідними ознаками:

- 1) провадження розпочинається зверненням фізичної або юридичної особи;
- 2) провадження завершується адміністративним актом, тобто рішенням ради, розпорядженням посадової особи органу місцевого самоврядування, реєстрацією тощо;
- 3) процедура є „стандартизованою”, тобто однотипною.

Відповідно до переліку адміністративних послуг створюється довідник щодо процедури надання кожного виду послуг.

По-перше, це необхідно для того, щоб узгодити технологію розгляду кожної справи, з урахуванням того, що прийом буде вестися в одному місці.

По-друге, така інформація необхідна для службовців, які здійснюватимуть прийом заяв, щоб знати, які документи потрібні для вирішення справи.

По-третє, довідник міг би суттєво полегшити життя громадян, надаючи їм інформацію про асортимент послуг, про порядок їх отримання (документи, строки тощо), про вартість. Таким чином, на основі зібраної інформації можна готувати друковані довідкові матеріали як систематизованого характеру (наприклад, книгу), так і листівки, буклети, а також можна утворити телефонну довідкову службу для інформування про послуги, інтернет-ресурс тощо.

Обов'язково необхідно провести навчання тих службовців, які будуть залучені до роботи в єдиному офісі.

Створення „універсаму послуг” спочатку вимагатиме збільшення кількості службовців, адже створюється нова структура. При цьому всі існуючі виконавчі підрозділи міської ради повинні й надалі вести прийом громадян, тобто деякий час доцільно зберігати паралельну систему прийняття звернень громадян, аби громадяни не відчули незручностей від реформи. Необхідно також знаходити легальні стимули для добросовісної роботи службовців, залучених до „універсамів послуг”, оскільки інтенсивність роботи деяких із них зростатиме, особливо через збільшення обсягів „зовнішнього” спілкування, адже необхідно регулярно приймати громадян та перебирати частину погоджень, візувань, витребування довідок на себе.

Для успішної реалізації проекту реформування системи надання адміністративних послуг необхідно провести належну інформаційну кампанію щодо популяризації серед населення самої ідеї „універсаму послуг”, адже всі реформи повинні проводитися мотивовано та прозоро.

Для покращення якості надання адміністративних послуг необхідно вживати системні заходи. Насамперед, слід розмежувати в системі органів виконавчої влади органи, які займаються виробленням політики, і органи, що займаються поточним адмініструванням.

Необхідно ретельно регламентувати процедуру надання адміністративних послуг. При встановленні процедури надання адміністративної послуги слід орієнтуватися на кінцевий результат. А при вдосконаленні правового регулювання вкрай важливо максимально спрощувати правила і порядок надання послуг.

Врахування вищезазначених пропозицій щодо вдосконалення організації надання адміністративних послуг, на нашу думку, сприятиме покращенню якості адміністративних послуг, а, отже, і задоволенню потреб приватних осіб належним чином, що у свою чергу є головним обов'язком держави.

Отже, адміністративна послуга – це спрямована на забезпечення (юридичне оформлення) умов для реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи публічно-владна діяльність адміністративного органу, яка здійснюється за заявою особи.

Відповідно до офіційного проекту адміністративно-процедурного кодексу України послуга – результат діяльності уповноваженого суб'єкта, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умови реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо). Можливо, це навіть більш вдале визначення поняття, яке звертає увагу саме на результат, а отже, і на цілісний характер адміністративної послуги.

Загалом підтримуємо думку тих учених, які вважають, що у зв'язку з однорідністю відносин щодо надання адміністративних послуг, однорідністю норм, якими регулюються ці відносини, тривалою історією та широкою правовою базою, адміністративні послуги заслуговують на виділення в окремий інститут права. Таке бачення проблеми відкриває нові можливості розвитку адміністративного права та реформування публічної адміністрації.⁶

ЛІТЕРАТУРА

1. Концепція адміністративної реформи в Україні // Офіційний вісник України. – 1999. – № 21. – С. 32.
2. Проект адміністративно-процедурного кодексу України 19.10.2004 № 5462/П1.
3. Закон України „Про оподаткування прибутку підприємств” // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 4. – Ст.28.
4. Перелік платних послуг, що можуть надаватися митними органами, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України № 1952 від 25 грудня 2002 р. // Урядовий кур'єр. – 2003. – № 1.

⁶ Під публічною адміністрацією звичайно розуміють органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

5. Виконавча влада і адміністративне право / В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк та ін.; В.Б. Авер'янов (ред.); НАН України. Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького. – К.: Видавничий дім „Ін-Юре”, 2002. – 668 с. – (Серія наук. видань „Адміністративно-правова реформа в Україні”).
6. Державне управління та адміністративне право в сучасній Україні: актуальні проблеми реформування / В.Б. Авер'янов, І.Б. Коліушко (ред.); Укр. академія держ. управління при Президентові України, Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 1999. – 50 с.
7. Державне управління: теорія і практика / В.Б. Авер'янов, В.В. Цветков, В.М. Шаповал та ін.; В.Б. Авер'янов (ред.); НАН України, Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 431 с.
8. Коліушко І.Б. Адміністративна реформа для людини: Науково-практичний нарис / І.Б. Коліушко, В.Б. Авер'янов, В.П. Тимошук та ін.; І.Б. Коліушко (заг. ред.); Центр політико-правових реформ. – К.: Факт, 2001. – 72 с.
9. Коліушко І.Б. Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні / Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького НАН України, Центр політико-правових реформ. – К.: Факт, 2002. – 259 с.

РОЗДІЛ ІІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. СІМЕЙНЕ ПРАВО

УДК 347.67

ЮРИДИЧНІ КОЛІЗІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ СЕКРЕТНОГО ЗАПОВІТУ

Михайленко О.О., к.ю.н., доцент, Венгаренко Т.А., студент

Запорізький національний університет

Стаття присвячена аналізу проблем законодавчого регулювання нового для цивільного законодавства інституту секретного заповіту та пошуку шляхів для їх розв'язання. Для цього, виявлено загальні та специфічні ознаки секретного заповіту як однієї з форм заповідальних розпоряджень, розв'язано колізійні питання визначення кола осіб, які мають право на ознайомлення з текстом секретного заповіту до відкриття спадщини, питання написання та підписання тексту заповіту рукоприкладником, розглянуто проблемні аспекти, які виникають у зв'язку з оголошенням тексту заповіту та запропоновано пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства з зазначених питань.

Ключові слова: секретний заповіт, нотаріус, складання заповіту, посвідчення заповіту, колізія.

Михайленко О.А., Венгаренко Т.А. ЮРИДИЧЕСКИЕ КОЛЛИЗИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНСТИТУТА СЕКРЕТНОГО ЗАВЕЩАНИЯ / Запорожский национальный университет, Украина

Статья посвящена анализу проблем правового регулирования нового для гражданского законодательства института секретного завещания и поиску путей для их разрешения. Для этого выявлены общие и специфические признаки секретного завещания как одной из форм завещательных распоряжений, разрешены коллизионные вопросы определения круга лиц, имеющих право на ознакомление с текстом секретного завещания до открытия наследства, вопросы написания и подписания текста завещания рукоприкладчиком, рассмотрены проблемные аспекты, возникающие в связи с оглашением текста завещания и предложены улучшения, направленные на усовершенствование законодательства по данным вопросам.

Ключевые слова: секретное завещание, нотариус, составление завещания, удостоверение завещания, коллизия.

Mykhailenko O.A., Vengarenko T.A. SOME COLLISIONS OF THE LEGAL REGULATION OF THE CONFIDENTIAL WILL INSTITUTE / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the analysis of problems of legal regulation of the confidential will institute, which is new for the Ukrainian civil legislation, and to search of ways for their salvation. Due to this the general and specific features of the confidential will as the form of testamentary orders are revealed, some disputable questions of determination of the circle of persons, who have the right to read the text of the confidential will before the beginning of the inheritance procedure are answered, some problems of spelling and signing of the text of the will by the executor are resolved, the problem aspects arising in connection with announcement of the text of the will are regarded, some changes directed on improvement of the legislation in the determined sphere are offered.

Key words: confidential will, notary, drawing up of the will, certification of the will, collision.

Спадкове право, порівняно з іншими, є одним із найстабільніших інститутів цивільного права. Після прийняття Цивільного кодексу УРСР 1963 року жодних істотних змін у цьому інституті не спостерігалось. Але, у зв'язку набранням чинності 1 січня 2004 року новим Цивільним кодексом України поряд із іншими інститутами зазнало новачій і спадкове право.

Особлива увага й інтерес представників юридичної доктрини і юристів-практиків проявляється до новел Глави 85 ЦК України, а саме: заповіту подружжя (ст.1243 ЦК), заповіту за умовою (ст.1242 ЦК), секретного заповіту (ст.1249 ЦК). Введення таких принципово нових форм заповідальних розпоряджень має як позитивні риси, так і недоліки. Звичайно, надання можливості спадкодавцю скласти один із таких заповітів значно розширює його можливість, але недостатність практичних і теоретичних знань, а також досить розпливчате регулювання цих інститутів у законі можуть і неодмінно викличуть проблеми їхнього застосування на практиці.

Інститут секретного заповіту є новим для вітчизняного цивільного законодавства. На даний час існує досить небагато наукових праць, присвячених цій темі. Крім того, цей інститут не має історичного підґрунтя застосування в Україні. А отже, відсутність досвіду в цій сфері також негативно відбивається на законодавстві, яке регулює відповідні відносини.

Дана стаття присвячена проблемам законодавчого регулювання інституту секретного заповіту і його практичного застосування. Актуальність обраної теми вбачається у відсутності наукових праць та недосконалості правового закріплення даного інституту, що має своїм наслідком неможливість практичного застосування секретного заповіту без виникнення спірних питань, що не врегульовані чинним законодавством. Отже, наявною є необхідність усунення прогалин у правовому регулюванні інституту секретного заповіту та приведення його у відповідність до інших цивільно-правових норм.

Метою цієї статті є аналіз змісту та особливостей правового регулювання інституту секретного заповіту, його характерних рис та проблем його практичного застосування.

Секретний заповіт є однією з форм заповідальних розпоряджень. Отже, йому властиві такі загальні ознаки заповідальних розпоряджень:

- 1) односторонній правочин, за яким права й обов'язки спадкоємців виникають за волею заповідача, за умови прийняття спадкоємцями спадщини після її відкриття;
- 2) особисте розпорядження фізичної особи, оскільки складення заповіту, у тому числі і секретного, через представника не допускається;
- 3) розпорядження особи на випадок смерті – правові наслідки виникають виключно після смерті заповідача, на момент відкриття спадщини, ніхто із спадкоємців не може розпоряджатися майном заповідача за його життя;
- 4) правочин, що може бути вчинений тільки дієздатною особою, недієздатні, обмежено дієздатні та неповнолітні особи права на складання заповіту не мають;
- 5) це розпорядження особи щодо належного їй майна і майнових прав. Щоб мати право заповідати майно, спадкодавець має бути його власником;
- 6) заповіт має бути складений в установленій законом формі, бо недотримання останньої тягне за собою недійсність заповіту;
- 7) правочин, який потребує дотримання таємності. Особливо це стосується секретного заповіту, головною метою впровадження якого стала необхідність максимального захисту таємниці заповіту;
- 8) для дійсності заповіту необхідне його нотаріальне посвідчення;
- 9) правочин, при нотаріальному посвідченні якого не перевіряється наявність предмета заповіту [1, 86-90];
- 10) заповіт може містити в собі умову, заповідальний відказ, встановлювати сервітут, підпризначити спадкоємця, призначити виконавця заповідальних розпоряджень, покласти на спадкоємців інші обов'язки.

Окрім вищезазначених загальних ознак, для секретного заповіту характерні такі особливості:

- 1) секретний заповіт посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом;
- 2) заповіт подається нотаріусу в заклеєному конверті з підписом заповідача;
- 3) при оголошенні секретного заповіту необхідна присутність свідків;
- 4) після оголошення секретного заповіту складається відповідний протокол, що підписується нотаріусом і свідками;
- 5) посвідчення секретного заповіту іншими уповноваженими посадовими особами, крім нотаріуса, не допускається.

Впровадження новел і змін до законодавства завжди стикається з проблемою їх практичного застосування. Перешкодами можуть служити, зокрема, недоцільність впровадження нових норм, недосконалість законодавчого регулювання правовідносин, що виникають при реалізації цих положень, виникнення законодавчих колізій між новою нормою та чинним правовим масивом, недостатність досвіду правового застосування даних положень та інше. Не обійшлося без проблем і при появі у вітчизняному спадковому праві інституту секретного заповіту.

Цивільний кодекс України визначає секретним заповіт, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом (ч.1 ст.1249 ЦК). Одразу виникає питання, чи визнається секретним заповіт, зі змістом

якого, крім потенційного спадкодавця, ознайомилися й інші особи, але не нотаріус, який має посвідчити цей правочин?

Аналізуючи наведене визначення секретного заповіту, можна стверджувати, що заповіт, зміст якого став відомим не лише особі, яка його склала, а й іншим, окрім нотаріуса, особам до посвідчення його останнім, визнається законом секретним. Але тоді виникає сумнів щодо того, чи збережене в законі розуміння самого слова “секретний”, тобто “той, що тримається в таємниці, не сповіщається іншим” [2, 708].

Крім того, на нашу думку, якщо хтось і може знати про зміст секретного заповіту разом із потенційним спадкодавцем, то це саме нотаріус, адже він як компетентна посадова особа, наділена обов’язком забезпечувати законність у спадковому процесі, може мінімізувати можливість визнання такого заповіту нікчемним, тобто таким, що не відповідає вимогам чинного законодавства (ч.1 ст.1257 ЦК України). Зважаючи на низьку правову освіченість середньостатистичного українського громадянина, така можливість не виключена. Тому, вважаємо, небезпідставними є побоювання стосовно того, що заповіт, складений заповідачем без перевірки на законність його положень нотаріусом, може містити нечіткі вказівки, а також волевиявлення, які прямо суперечитимуть спадковому законодавству та моральним засадам суспільства (ч.1 ст.203 ЦК України), наслідком якого буде його недійсність.

Отже, необхідно більш детально визначити в законі саме поняття секретного заповіту. Для цього доцільно звернутися до законодавства інших країн. Так, ЦК Російської Федерації містить таку норму: «Заповідач має право скласти заповіт, не надаючи іншим особам, у тому числі нотаріусу, можливості ознайомитися з його змістом (закритий заповіт)» (ст.1126 ЦК РФ) [3, 512]. Аналогічне визначення міститься і в інших цивільних кодексах більшості європейських країн (Іспанія, Італія, Угорщина, Франція та ін.). Для України, де інститут секретного заповіту є новелою, було б доцільним врахувати досвід зарубіжних держав стосовно цього питання.

Ще однією проблемою, не розв’язаною законодавцем при врегулюванні правовідносин, пов’язаних із складенням і посвідченням таємного заповіту, є питання щодо написання і підписання такого заповіту іншою особою, призначеною потенційним спадкодавцем. Оскільки ст.1249 ЦК України не передбачена форма такого заповіту, то вважається, що він підпорядковується загальним нормам про форму та зміст заповіту, передбаченим ЦК [4, 816]. Відповідно до ч.2 ст.1234 ЦК: “Право на заповіт здійснюється особисто. Вчинення заповіту через представника не допускається”, але в ч.2 ст.1247 ЦК передбачається, якщо особа через хворобу або фізичну ваду не може підписати заповіт власноруч, то інша особа, крім спадкоємця, на користь якого заповідається майно, за її дорученням може це зробити. У цій статті зазначається лише можливість підписання заповіту іншою особою, але ж логічно було б припустити, що особа, яка не може підписати заповіт через певні фізичні вади, не може його і написати. А враховуючи те, що законом прямо не заборонено написання секретного заповіту особою, уповноваженою на це заповідачем, який сам цього зробити не має змоги, є підстави стверджувати, що це можливо і законно. Але ж тоді виявляється розбіжність даного твердження взагалі з поняттям “секретний заповіт”. Крім того, вбачається недоцільність можливості навіть підписання конверта, у якому знаходиться заповіт, іншою особою, крім потенційного спадкодавця, якщо брати до уваги те, що в певних випадках інформації про сам факт складення секретного заповіту може бути достатньо для заінтересованої особи [5, 44]. А отже, очевидно є необхідність врегулювання цього питання і надання або ж не надання заповідачеві з фізичними вадами права складати секретний заповіт за допомогою іншої особи. Вважаємо, включати таку можливість у норми, що стосуються таємного заповіту, не слід. Таке положення призведе, по-перше, до повної втрати свого значення поняттям “секретний”, по-друге, збільшиться ймовірність розбіжності волі і волевиявлення заповідача в заповіті, а отже, і недійсність цього правочину, а по-третє, не буде досягнута сама мета складення секретного заповіту – максимально захистити його таємницю. Тому, вважаємо, до ст.1249 ЦК необхідно включити положення про неможливість складення секретного заповіту особою, яка не може через свої фізичні вади зробити це власноручно.

Із таким твердженням можна не погодитися, мотивуючи це ніби-то протиріччям зі ст.24 Конституції України, яка закріпила, що будь-яка дискримінація людей неможлива і всі вони мають рівні права. Але ж заборона складання секретного заповіту вищезазначеною особою не виключає взагалі можливості складення нею звичайного, несекретного заповіту, отже її права ніяким чином не буде порушено.

Потребує вирішення і питання підписання таємного заповіту. Тут можна виділити одразу дві проблеми: підписання самого тексту заповіту і підписання конверта, в якому міститься заповіт. Щоб унеможливити тиск на потенційного спадкодавця з боку інших осіб, з приводу підписання конверта, у якому подається заповіт, необхідно внести уточнення, що підпис на конверті із секретним заповітом робить заповідач у присутності нотаріуса, бо тільки подання заклеєного конверта із заповітом самим заповідачем і його присутність при посвідченні конверта нотаріусом (ч.2 ст.1249 ЦК) не є достатньою, щоб виключити можливість розбіжності волі заповідача з його волевиявленням. Не переконує і те, що підпис, поставлений не в присутності нотаріуса на конверті із заповітом, має бути особисто підтверджений особою, яка склала секретний заповіт.

Що ж до підписання тексту секретного заповіту, то вирішити це питання буде дещо складніше. Спочатку необхідно торкнутися деяких проблем щодо самого тексту секретного заповіту. Нотаріус відповідно до п.162 Наказу Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року № 20/5 “Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України” [6, 165-304] повинен роз’яснювати заповідачеві, що текст заповіту має бути складений таким чином, щоб розпорядження спадкодавця не викликало неясностей та суперечок після відкриття спадщини. Але навіть якщо заповідач і дотримається цієї вимоги, імовірність визнання такого заповіту нікчемним залишається, хоча вже з інших причин. Так, законодавець не надає чіткої відповіді на питання, чи необхідна наявність у тексті заповіту таких реквізитів, як дата і місце його складання.

За загальним правилом щодо змісту заповітів, зазначення місця і дати укладання цих правочинів є необхідним, за їх відсутності заповіт визнається нікчемним (ст.1247 ЦК). В інших, несекретних заповітах недодержання цих умов буде помилкою нотаріуса, який посвідчить такий заповіт, адже внаслідок ролі нотаріуса в правовій системі України та його компетенції, саме на нього покладається обов’язок додержуватись вимог закону і контролювати дії особи від можливих процесуально-правових помилок (ст.ст.5, 6 Закону України “Про нотаріат”).

Що ж до секретного заповіту, то тут виникають труднощі. Так, якщо умова щодо підписання правочинів сторонами є загальновідомою, і тому заповідач, як правило, ставить свій підпис у кінці заповідального розпорядження без додаткової вказівки нотаріуса, то відомості про зазначення місця і дати складення заповіту не досить поширені. Отже, особа може і не знати про необхідність їх зазначення в тексті заповіту. А нотаріус не зможе вказати на цю помилку та надати можливість заповідачеві її виправити через заборону ознайомлення з текстом секретного заповіту. Але ж правове значення для настання юридично значущих дій має лише дата посвідчення заповіту, а не дата його складення. Це впливає з обов’язковості нотаріального посвідчення заповіту, без якого цей правочин не є дійсним і не тягне за собою настання правових наслідків. Отже, на нашу думку, питання має вирішуватися лише щодо дати посвідчення секретного заповіту, а не дати його складення. І як слушно зазначив Є. Фурса, “навіть якщо така помилка [незазначення дати посвідчення заповіту] буде допущена нотаріусом, вона ним же може бути виправлена, оскільки нотаріуси зобов’язані реєструвати вчинювані нотаріальні дії у відповідних реєстрах нотаріальних дій, а відомості про посвідчення заповіту мають вноситись також до комп’ютерної бази даних – Єдиного реєстру заповітів та спадкових прав” [7, 99-100]. У такому випадку постає питання, чи слід визнавати нікчемними ті секретні заповіти, які не містять дату складання секретного заповіту. З одного боку, це дійсно має бути так, адже до секретного заповіту застосовуються всі загальні положення щодо заповітів, у тому числі і вже зазначувана ст.1247 ЦК України. Тоді, щоб не виникало ніяких сумнівів і суперечок щодо цього питання, слід було б доповнити ст.1249 ЦК положенням про те, що секретні заповіти повинні складатися відповідно до вимог ст.ст.1247 і 1248 ЦК. З іншого ж боку, враховуючи, що дата складання заповіту не має юридичного значення, на відміну від дати його посвідчення, а останню можна визначити, навіть якщо її не зазначено на конверті із заповітом, то, на нашу думку, положення щодо недійсності секретного заповіту через відсутність у його тексті дати складання або ж дати його посвідчення на конверті, в якому міститься такий заповіт, не потрібно включати до підстав недійсності заповіту.

Крім того, необхідно визначитися з можливістю або неможливістю підписання тексту заповіту не заповідачем, а іншою особою. Зважаючи на сутність секретного заповіту, і, прагнучи не допустити формування волі заповідача під впливом дій недобросовісних осіб, слід заборонити підписання секретного заповіту іншою особою, крім спадкодавця, на підставі ч.4 ст.207 ЦК України. Варто також підкреслити, що новий ЦК хоч прямо і не забороняє підписання секретного заповіту іншою особою за дорученням заповідача, але, як свідчить зміст ч.4 ст.207 ЦК, робить таке підписання неможливим. Відповідно до цієї норми підпис іншої особи в тексті правочину, що посвідчується нотаріально, засвідчується нотаріусом або посадовою особою, яка має право вчинювати таку нотаріальну дію із зазначенням причин, за яких текст правочину не може бути підписаний особою, що його вчиняє. У свою чергу, для того, щоб засвідчити підпис іншої особи, яка підписала заповіт, нотаріус змушений буде упевнитись у тому, що цей документ дійсно є заповітом і, відповідно, вимагає нотаріального посвідчення. Ознайомлення ж нотаріуса з текстом секретного заповіту згідно з ч.1 ст.1249 ЦК України забороняється [8, 153].

Тепер звернемося до аналізу положень ст.1250 ЦК України, яка визначає порядок оголошення нотаріусом секретного заповіту. Зазначається, що нотаріус, отримавши відомості про смерть спадкодавця і відкриття спадщини, призначає день оголошення змісту заповіту. Про день оголошення заповіту він повідомляє членів сім’ї та родичів спадкодавця, якщо місце їхнього проживання йому відоме, або робить про це повідомлення в друкованих засобах масової інформації. Тут виникає одразу декілька питань, які потребують відповіді або уточнень.

По-перше, законодавець не визначає ані граничного строку для повідомлення близьких родичів спадкодавця про оголошення змісту заповіту, ані строку призначення нотаріусом дати такого

оголошення. А це має в даному випадку важливе значення, оскільки згідно з ч.1 ст.1270 ЦК для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців. Тому необхідно встановити чіткий строк для повідомлення родичів спадкодавця про дату оголошення змісту заповідальних розпоряджень, а також граничний строк зазначеної дати.

По-друге, викликає певні заперечення також положення щодо повідомлення нотаріусом членів сім'ї та родичів спадкодавця про день оголошення змісту секретного заповіту. У даній нормі законодавець не передбачає інших випадків, наприклад, коли в заповідача не було сім'ї і родичів або вони не з'явилися в зазначений час для ознайомлення зі змістом заповіту. Крім того, можлива така ситуація, коли при розкритті конверта, у якому має міститися заповіт, останнього там не виявиться, а замість нього заповідачем умисно або помилково може бути вкладений, наприклад, чистий аркуш паперу. Тоді виникає питання, яким чином повинен діяти в цьому випадку нотаріус, адже порядок оголошення заповіту без "зацікавлених осіб" або ж без самого заповіту законом не передбачений. Тому необхідно законодавчо закріпити, що в такому випадку нотаріус оголошує зміст заповідальних розпоряджень у присутності двох свідків і складає протокол, у якому зазначає всі існуючі обставини.

Таким чином, розглянувши основні проблеми законодавчого закріплення інституту секретного заповіту, можна дійти певного висновку. При врегулюванні даного інституту законодавець не передбачив вирішення багатьох спірних питань. Через таку недостатність (інституту секретного заповіту в ЦК України присвячено лише дві статті) та недосконалість правового врегулювання даного питання практичне його застосування, на нашу думку, неможливе до повного усунення відповідних прогалин у законодавстві і приведення його у відповідність до інших норм, що регулюють цивільно-правові відносини взагалі та відносини спадкування зокрема. У даній роботі ми намагалися висвітлити основні питання правового регулювання і практичного застосування секретного заповіту з метою усунення юридичних колізій його застосування.

Отже, виходячи з вищезазначеного, пропонуємо:

- 1) внести зміни до визначення поняття секретного заповіту, передбачене ч.1 ст.1249 ЦК України, та викласти його в такій редакції: "Секретний заповіт – це заповіт, який складається заповідачем без ознайомлення з його змістом інших осіб, включаючи нотаріуса";
- 2) збільшити кількість правових норм або розширити існуючі, що допомогло б вирішити не врегульовані законодавством моменти щодо даного інституту;
- 3) закріпити законодавчо неможливість підписання заповіту, а також написання самого його змісту іншою особою, крім спадкодавця;
- 4) зобов'язати заповідача робити підпис на конверті з заповітом у присутності нотаріуса, який посвідчує даний правочин;
- 5) визначити коло осіб, які мають право складати секретний заповіт;
- 6) закріпити обов'язковість зазначення лише дати посвідчення секретного заповіту та необов'язковість зазначення дати його складання;
- 7) встановити чіткий строк повідомлення нотаріусом близьких родичів про дату оголошення заповіту, а також граничний строк призначення цієї дати;
- 8) передбачити в законі порядок дій нотаріуса при оголошенні ним секретного заповіту, коли сам заповіт або родичі спадкодавця відсутні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Павленко В.Г. Заповіт та його реалізація в сучасних умовах // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 10 (36). – С. 86 – 90.
2. Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – М., 1989. – С. 708.
3. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Под ред. В.В. Залесского. – М., Инфра-Н-Норма, 1999. – С. 512.
4. Цивільний кодекс України. Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Х.: ТОВ „Одіссей”, 2004. – С. 816.
5. Заїка Ю. Посвідчення "секретного" заповіту // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 1. – С. 44.
6. Наказ Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 року №20/5 "Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України" // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2004. – № 6. – С. 165 – 304.

7. Фурса Є. Особливості розгляду справ про визнання заповіту недійсним // Юридичний журнал. – 2002. – № 3. – С. 99-100.
8. Рябоконт С.О. Проблеми правового регулювання інституту секретних заповітів за новим Цивільним кодексом України // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2004. – №56 – 59. – С. 151-154.

УДК 347.12

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОСОБИСТУ БЕЗПЕКУ

Пунда О.О., к.ю.н., юрисконсульт

Приватне підприємство “Укрінтрансконтакт”

Стаття присвячена проблемам здійснення права на особисту безпеку у сфері охоронної діяльності, участі особи в спортивних змаганнях. У статті сформульовано поняття “тоталітарна релігійна секта”, “небезпечний психологічний вплив”.

Ключові слова: особиста безпека, договір охорони, спортивні змагання.

Пунда А.О. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВА НА ЛИЧНУЮ БЕЗОПАСНОСТЬ / Частное предприятие «Укринтрансконтакт», Украина

Статья посвящена проблемам осуществления права на личную безопасность в сфере охранной деятельности, участия в спортивных соревнованиях. В статье сформулированы понятия “тоталитарная религиозная секта”, “опасное психологическое воздействие”.

Ключевые слова: личная безопасность, договор охраны, спортивные соревнования.

Punda A.O. RIGHT TO THE PERSONAL SAFETY: THE CIVIL ASPECT / Private enterprise “Ukrintranskontakt”, Ukraine

The article is dedicated to the problems of realization of the personal safety right in the sphere of the guard activity and while participating at sports competitions. The definitions of «dangerous psychological influence» and «totalitarian religious sect» are defined in the article.

Key words: personal safety, sports competitions, guard contract.

Цивільне законодавство України визначає, що серед нематеріальних благ – об'єктів цивільних прав – найвищою соціальною цінністю поряд із життям і здоров'ям людини, її честю і гідністю, є недоторканність та безпека (ч.2 ст.201 ЦК України). Конституція України містить положення: “Кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена” (ст.50). У ст.282 ЦК України зазначено, що фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької та іншої діяльності, яка загрожує життю та здоров'ю.

Особиста безпека людини поряд із її життям та здоров'ям є одним із базових елементів системи нематеріальних благ, на яких будується її природне благополуччя. Особиста безпека знаходить свій прояв у різних сферах життєдіяльності людини.

Загострення інтересу до проблем особистої безпеки пояснюється складним станом щодо її забезпечення в Україні. Це можна продемонструвати на таких прикладах. Сучасна структура причин смертності населення характеризується як високим рівнем традиційних елементів, притаманних іншим країнам світу (понад 85% усіх летальних випадків пов'язано з хворобами системи кровообігу, злоякісними утвореннями, нещасними випадками, отруєннями і травмами, хворобами органів дихання), так і нещасні випадки, отруєння і травми, на які припадає значна частина в структурі причин смертності населення України. Ці явища лише з 1986 по 1992 рр. спричинили понад 9% смертей серед усього населення. Скорочення тривалості життя за рахунок травматизму і нещасних випадків становить 6,2 року в чоловіків та 3,2 року в жінок [1, 121, 124]. Перелік шкідливих явищ, що можуть становити небезпеку для окремої особи навіть у загальних рисах, окреслити досить важко: вони оточують людину – температура, ультразвук, ультрафіолетове та радіаційне опромінення, магнітні поля, телевізійне опромінення, барвники, розчинники, фізичні та психологічні навантаження, стресові ситуації, зношеність технологічного обладнання, халатність до дотримання вимог безпеки з боку оточуючих осіб.

Зазначене доводить потребу правового регулювання особистого немайнового права на особисту безпеку в структурі цивільного права. Із нашого погляду, право на особисту безпеку вміщує в собі право на безпечне навколишнє середовище (природне), оточуюче соціальне та оточуюче техногенне (машинно-предметне) середовище. Право на безпечність умов соціального буття (праці, проживання, навчання, виховання, спілкування, відбування покарання) – це елемент права на особисту безпеку, пов'язаний із забезпеченням безпеки особи у сфері соціального життя людини.

Позитивний цивільно-правовий зміст права на безпеку умов соціального буття втілюється, з нашого погляду, у праві повнолітньої дієздатної особи самостійно вирішувати для себе можливість перебування в умовах ситуації ризику, загрози, небезпеки або, навпаки, її уникнення.

Певні категорії осіб унаслідок виконуваних ними обов'язків постійно перебувають під впливом ситуацій особистої небезпечності (зокрема, працівник правоохоронного органу, працівник, зайнятий на небезпечному виробництві, військовослужбовець при виконанні бойового завдання чи навчання). Проте небезпечний характер діяльності цих осіб не тягне за собою автоматичного висновку про те, що їхнє право на особисту безпеку підлягає обмеженню. Такі особи повинні мати всі необхідні засоби забезпечення особистої безпеки за умов надзвичайного характеру, з якими пов'язана їхня професійна діяльність і відповідно до існуючих стандартів (наприклад, бронезилетом, каскою, засобами хімічного захисту, антидотами – препаратами для нейтралізації в організмі токсичних отруюючих речовин – спеціальною технікою, обладнанням, засобами зв'язку). Тому в національному законодавстві вважаємо за доцільне закріпити заборону примушувати осіб виконувати обов'язки за умов відсутності необхідних засобів уникнення або зменшення ризиків, загроз або небезпек, пов'язаних із виконанням їхніх професійних завдань.

Право на самостійне вирішення питання щодо розпорядження особистою безпекою наділені й особи, що не виконують роботу або спеціальних завдань, пов'язаних із підвищеною ймовірністю впливу чинників особистої небезпеки. Розглянемо найтипівіші приклади цього.

Сьогодні можна виділити найманство як самостійну форму здійснення права на особисту безпеку з метою участі в збройних конфліктах інших держав. Кримінальне законодавство містить вказівку щодо можливості притягнення до кримінальної відповідальності за вербування, фінансування, матеріальне забезпечення навчання найманців із метою використання в збройних конфліктах інших держав, а також за участь у таких конфліктах без дозволу відповідних органів державної влади з метою одержання матеріальної винагороди (ч.1, 2 ст.447 КК України).

Отже, змістом правомірної поведінки, спрямованої на здійснення права на особисту безпеку, є *участь у збройних конфліктах інших держав без отримання матеріальної винагороди* (зумовлене ідеологічними, особистими мотивами та інтересами), а також здійснення такої діяльності з дозволу спеціальних органів державної виконавчої влади. Обмеження можливості здійснення цього права необхідно розцінювати як неправомірне.

Ще однією сучасною формою здійснення права на особисту безпеку є займання особою *охоронною діяльністю*, яка за своєю природою пов'язана з підвищеною можливістю впливу на життя та здоров'я охоронця негативних чинників. Вказівку на можливість віднести охоронну діяльність до форм здійснення права на особисту безпеку знаходимо в ст.978 ЦК України (договір охорони), предметом якого є забезпечення особистої та (або) майнової безпеки особи, яку охороняють, та (або) володільця майна.

Ми вважаємо, що такий договір може передбачати рівень, форми, види охорони особи або майна і, що особливо важливо, ступінь та джерела загрози, охорону від негативного впливу яких бере на себе охоронець. Відповідно до ступеня загрози охоронець погоджується на певний рівень ризику, загрози або небезпеки для себе.

Цивільний кодекс України визначає, що за договором охорони охоронець, який є суб'єктом підприємницької діяльності, зобов'язується забезпечувати недоторканність особи чи майна, які охороняються. Проте сучасний стан речей доводить, що посягання передусім спрямовуються не на благо особистої недоторканності, а на життя та здоров'я того, хто охороняється. Відповідно такий договір як форму здійснення права на особисту безпеку (з погляду охоронця) слід розглядати як діяльність, спрямовану на забезпечення життя, здоров'я, недоторканності особи, що охороняється.

Як самостійну форму здійснення права на особисту безпеку треба також розглядати випадки отримання та використання особою різного роду способів, засобів та знарядь забезпечення особистої безпеки. У національному законодавстві це право особи регламентоване лише в декількох законодавчих актах. До них можна віднести ст.19 Кодексу України про адміністративні правопорушення (необхідна оборона); ст.36 Кримінального кодексу України (необхідна оборона); Закон України “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів” від 23 грудня 1993 р.; Закон України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” від 23 грудня 1993 р. Останні два

законодавчі акти наводять такий перелік заходів забезпечення безпеки: особиста охорона, охорона житла й майна; видача спеціальних засобів індивідуального захисту або повідомлення про небезпеку і використання технічних засобів контролю і прослуховування телефонних та інших переговорів; технічних засобів візуального спостереження; заміна документів та зміна зовнішності; зміна місця роботи або навчання; переселення в інше місце проживання; поміщення до дошкільної виховної установи або установи соціального захисту населення; забезпечення конфіденційності відомостей про особу; переведення до іншого місця позбавлення волі або в інше місце із спеціальним режимом утримання; окреме утримання осіб, які перебувають у місцях відбування кримінальних покарань.

Додамо, що ще в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 червня 1991 р. №4 (із змінами) “Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань” було визначено, що “у випадках, коли має місце посягання групи осіб, яка за кількістю переважає тих, хто захищається, і діє агресивно, з очевидною загрозою для життя чи здоров’я, судам необхідно враховувати, що для захисту ці особи мають право застосовувати такі засоби, які мають у наявності (пункт 6), а “...стан необхідної оборони виникає не лише в момент суспільно небезпечного посягання, але і при наявності реальної загрози заподіяння шкоди тому, хто обороняється” (пункт 3).

Зазначені заходи забезпечення особистої безпеки та необхідну оборону можна розглядати не лише як здійснення права на забезпечення особистої безпеки в межах специфічних кримінальних або кримінально-процесуальних, але і як форми здійснення особистого немайнового права на особисту безпеку у межах цивільно-правових відносин.

Така можливість впливає і зі місту положень глави 3 ЦК України (захист цивільних прав та інтересів). Серед іншого в цій главі йдеться про самозахист цивільних прав. Під самозахистом цивільних прав у пункті 2 ч.1 ст.19 ЦК України пропонує розуміти застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Необхідна оборона розглядається як елемент здійснення права на самозахист від протиправних посягань (ч.1 ст.1169 ЦК України).

І нарешті, положенням, що привертає до себе увагу в контексті права особи на особисту безпеку є особливий різновид ситуацій особистої небезпечності, пов’язаний із такими суспільно небезпечними явищами сьогодення, як тероризм та захоплення заручників. Особа, що опинилась у руках злочинців, зі зрозумілих причин не має можливості самостійно здійснити право на особисту безпеку – це її право незаконно обмежується. У цьому випадку особа має право на усунення, з боку уповноважених органів держави, безпеки та застосування всіх можливих засобів захисту свого права.

Із викладеного випливають такі принципові висновки: самозахист своїх прав на життя та на здоров’я, у тому числі і необхідна оборона, є формою здійснення права на особисту безпеку (навіть тоді, коли вона здійснюється в інтересах інших осіб). З точки зору позитивного змісту права на особисту безпеку можна виділити як самостійний елемент цього права правомочність особи на усунення або (та) протидію впливові ситуації ризику, загрози або небезпеки. Очевидно, що перелік заходів забезпечення особистої безпеки, враховуючи діючий у межах цивільного права диспозитивний метод правового регулювання, може містити в собі будь-які дії щодо застосування будь-яких засобів, прямо не заборонених законом, і таких, що відповідають вимогам моралі. Наприклад, це право на обладнання житла, транспорту засобами пасивного та активного захисту (куленепробивне скло, броньовані (металеві) елементи, засоби відеоспостереження, засоби реєстрації присутності – детектори руху та ін.).

До форм здійснення права на особисту безпеку відносимо право спортсменів на участь у змаганнях, що становлять підвищений ризик, загрозу або небезпеку для їхнього життя та здоров’я. Це стосується передусім “контактних” видів спорту, різного роду єдиноборств. Такі види спорту виділяють в окрему групу, оскільки вони потребують подібного розвитку психічних та фізичних якостей супротивників, понад усе швидкості реакції, вміння випередити супротивника, спритності, сміливості, тобто всіх тих якостей, що дають змогу перемогти лише шляхом нападу та активного впливу на супротивника під час бою. Для спортсменів перебування під час бою в стані ризику або загрози для здоров’я, а іноді і для життя, досить часто пов’язане з природою самого змагання. Профілактика спортивного травматизму спрямована на усунення першою чергою небезпечних чинників, що можуть спричинити вплив на фізичний стан атлета і потягнути за собою травмування, а інколи і загибель.

Особливого загострення з позицій здійснення права на особисту безпеку набуває проблема права на участь спортсменів у змаганнях з підвищеним ризиком для їхнього життя та здоров’я. Наприклад, це панкратіон, більш відомий як “бій без правил”, відомий з античних часів (у 648 році до н.е. він був внесений до програми античних Олімпіад). Сучасний варіант цього виду спортивного змагання мало чим відрізняється від його античного еквівалента і несе в собі підвищену небезпеку для здоров’я учасників. За новітню історію проведення змагань з панкратіону в результаті отриманих травм загинуло в офіційних змаганнях 58 спортсменів (один із смертельних випадків стався і в Україні. У 1998 р. під час змагань у Києві український боєць Євген Золотарьов нокаутував американського спортсмена Дугласа Дейджа,

здавши йому удар у голову. Американець був госпіталізований, проте, не приходячи до пам'яті, він помер від крововиливу в мозок) [2, 24].

Ми вважаємо, що повнолітня дієздатна особа має право брати участь у *спортивних змаганнях із підвищеним рівнем особистої небезпеки*. Проте, якщо така особа дає самостійно згоду або їй пропонують угоду про відмову від претензій до організаторів змагань у випадках заподіяння шкоди здоров'ю або створення загрози для життя, то таку згоду треба розглядати в законодавстві як недійсну, а угоду нікчемною. Основою проведення спортивних змагань повинна бути спортивна боротьба, а не боротьба за виживання, а тому головним залишається обов'язок забезпечення безпеки атлетів. Отже, організатори зобов'язані зупинити змагання за умови виникнення прямої загрози життю або здоров'ю їхніх учасників. Крім того, необхідно формувати критерії класифікації різного роду спортивних єдиноборств (першочергово), а також інших видів спорту залежно від рівня можливої загрози життю та здоров'ю учасників змагань за триелементним принципом: низького, середнього та високого рівнів особистої небезпечності. Залежно від такого поділу треба визначати умови та порядок підготовки, участі або допуску до участі в змаганнях.

Участь неповнолітніх осіб у спортивних єдиноборствах повинна бути зумовлена обов'язковим письмовим дозволом їхніх батьків та організаторів змагань.

До змісту права на особисту безпеку, крім традиційно визначеної фізичної та психічної безпеки, також віднесемо і *право на особисту психологічну безпеку*. Необхідність виділення такого елемента права на особисту безпеку зумовлена окремими маніпуляціями з емоційно-вольовою сферою людини та схильністю до навіюваності. Навіюваність – це схильність підпадати під психічний вплив іншої людини. Вона зумовлюється безвіллям, недостатнім розумовим розвитком і незрілістю емоційно-вольової сфери особи [3, 413-414]. Крім того, на навіюваність особи впливає емоційне та психологічне перенавантаження, тривалість стресів, втрата соціальних орієнтирів або цінностей, зниження власної самооцінки, тимчасові розлади психічної діяльності.

Особливого загострення набуває проблема навіюваності в контексті поширення і розширення впливу на громадян нетрадиційних релігійних культів, що мають “тоталітарний характер” (взагалі термін “тоталітарна секта” у вітчизняному законодавстві не визначено). Вербування нових adeptів цих релігійних культів часто супроводжується діяльністю, не сумісною з принципом забезпечення безпеки життя та здоров'я людини. У нашому законодавстві також залишається не врегульованою проблема визначення категорії “небезпечного психологічного впливу”, “потерпілий від небезпечного психологічного впливу нетрадиційного релігійного культу”.

Здійснення права на психологічну безпеку особи полягає в її свободі у виборі поведінки щодо визначення рівня впливу на свою свідомо-вольову сферу. Ми вважаємо, що повинна бути передбачена заборона залучення до діяльності релігійних організацій неповнолітніх осіб без дозволу їхніх законних представників.

У цьому контексті здійснення права на особисту безпеку з боку неповнолітніх осіб повинно бути обумовлено згодою з боку їхніх законних представників. Тобто згода законних представників неповнолітніх або малолітніх осіб щодо можливостей залучення цих осіб до діяльності, яка становить певний ступінь особистої небезпечності, має бути чіткою і безумовною. Така згода повинна бути належно оформлена (бажано в письмовій формі) і ґрунтуватись на повній та достовірній інформації щодо всіх можливих ризиків, загроз або небезпек для життя або здоров'я дитини.

На підставі викладеного ми спромоглися сформулювати такі принципи положення. Необхідно доповнити ЦК України статтею 293¹ наступного змісту:

Стаття 293¹ Право на особисту безпеку.

Фізична особа має право уникати впливу небажаного навколишнього природного, техногенного та соціального оточення.

Фізична особа має право на вільне вирішення питання щодо можливості, тривалості та форми участі в діяльності, що становить небезпеку для неї.

Заборонено психологічний вплив та інші маніпуляції з емоційно-вольовою сферою людини, із використанням емоційних та психологічних перенавантажень, стресів, індивідуальної схильності до навіюваності, безвіллям, недостатнім розумовим розвитком і незрілістю емоційно-вольової сфери особи, що веде до втрати соціальних орієнтирів або цінностей, зниження власної самооцінки, тимчасового розладу психічної діяльності.

Фізична особа має право відмовитись виконувати накази, розпорядження, що мають особисто або суспільно шкідливий характер. Фізична особа зобов'язана відмовитись виконувати накази, розпорядження, що носять суспільно небезпечний характер. Фізична особа має право відмовитись

виконувати свої обов'язки за умов відсутності необхідних засобів уникнення або зменшення ризиків або небезпек, пов'язаних із виконанням їхніх професійних завдань.

Повнолітня дієздатна особа має право брати участь у спортивних змаганнях із підвищеним рівнем небезпеки для життя або здоров'я. Угода про відмову від претензій до організаторів змагань у випадках заподіяння шкоди здоров'ю або створення загрози для життя є нікчемною. Організатори або судді зобов'язані зупинити змагання за умови виникнення прямої загрози життю або здоров'ю їхніх учасників. Участь неповнолітніх осіб у спортивних змаганнях з підвищеним рівнем небезпеки для життя або здоров'я можлива за умови отримання письмового дозволу з боку їхніх батьків та організаторів змагань".

Доповнити статтю 282 ЦК України частиною 2 такого змісту:

"Фізична особа має право на активну протидію або усунення небезпеки особисто".

Доповнити Закон України "Про свободу совісті та релігійні організації" такими положеннями:

Тоталітарна релігійна секта – релігійна організація, діяльність якої спрямована на порушення прав і свобод громадян шляхом використання заходів небезпечного психологічного впливу.

Небезпечний психологічний вплив – психологічний вплив та інші маніпуляції з емоційно-вольовою сферою людини, із використанням емоційних та психологічних перенавантажень, стресів, індивідуальної схильності до навіюваності, безвіллям, недостатнім розумовим розвитком і незрілістю емоційно-вольової сфери особи, що веде до втрати соціальних орієнтирів або цінностей, зниження власної самооцінки, тимчасового розладу психічної діяльності.

Потерпілий від небезпечного психологічного впливу тоталітарної релігійної секти – фізична особа (або члени сім'ї) якій безпосередньо було завдано фізичної, моральної або матеріальної шкоди внаслідок небезпечного психологічного впливу з боку тоталітарної релігійної секти.

Доповнити статтю 3 Закону України "Про свободу совісті та релігійні організації" частиною 6 таким змістом: "Заборонено залучення до діяльності релігійних організацій неповнолітніх осіб без дозволу їхніх законних представників".

ЛІТЕРАТУРА

1. Хижняк М.І., Нагорна А.М. Здоров'я людини та екологія. – К.: Здоров'я, 1995. – 230 с.
2. Мясников Е. Кровавый «кайф» под крики «Браво!» // Аргументы и факты в Украине. – 2003. – № 45. – С. 22-25.
3. Навіюваність // Юридичний словник. – К.: Головна редакція Української Радянської енциклопедії АН УРСР, 1974.

УДК 347.763

УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Самойленко Г.В., к.ю.н., доцент

Запорізький національний університет

У статті досліджуються на новітніх цивільно-правових засадах відносини, що виникають у зв'язку з укладанням договору перевезення вантажів, їх урегульованість позитивним правом, конструюються моделі саме приватно-правових засад укладання договору перевезення.

Ключові слова: заявка, накладна, договір, зобов'язання, акцепт, оферта.

Самойленко Г.В. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗА: ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ / Запорожский национальный университет, Украина

В статье исследуются на новейших гражданско-правовых основах отношения, возникающие в связи с заключением договора перевозки груза, их урегулированность позитивным правом, конструируются модели именно частно-правовых основ заключения договора перевозки.

Ключевые слова: заявка, накладная, договор, обязательства, акцепт, оферта.

Samoylenko G.V. CONCLUSION OF THE TRANSPORTATION CONTRACT: CIVIL-LAW ASPECT / Zaporizhzhya National University, Ukraine

Some modern civil-law principles of the relations arising due to conclusion of the contract of cargoes transportation, their regulation by positive law, some models of private-legal principles of the conclusion of the transportation contract are researched.

Key words: application, way bill, contract, obligation, acceptance, offer.

Перевезення вантажів, їх значення для нормального функціонування економіки країни важко переоцінити. К.Маркс, процес транспортування, взагалі називав четвертою стадією виробництва, оскільки без переміщення продукції від виробників до споживачів виробництво втрачає свій сенс.

Правове регулювання відносин, пов'язаних із переміщенням вантажів, здійснюється шляхом укладання договорів перевезення. Розгляд питання про укладання даних договорів вимагає проведення відповідного аналізу.

Цьому питанню, як і договору перевезення, приділяється певна увага в цивілістичній науці. Серед науковців, які досліджували дану тему є: В.О. Єгізаров, М.А. Тарасов, М.А. Ходунов, В.В. Вітрянский, М.А. Аллахвердов, В.В. Луць. Щодо окремих видів договорів перевезення вантажів (різними видами транспорту) у національній цивілістичній науці потрібно виділити роботи Є.Д. Стрельцової, І.В. Булгакової, Г.В. Самойленка.

Необхідність регулювання відносин, пов'язаних із перевезенням вантажів на нових цивільних, приватноправових засадах, відхід від застарілих моделей регулювання вказаних відносин адміністративними методами, викликає потребу в моделюванні нових договірних конструкцій, що зумовлює актуальність обраної теми.

Автор ставить перед собою ряд завдань: провести аналіз на нових, приватноправових засадах особливостей укладання договору перевезення вантажів, сформулювати нові моделі конструкції правового оформлення укладання договору перевезення і встановити їх значення.

ЦК України (ч.2 ст.909) передбачає, що договір перевезення вантажу укладається в письмовій формі, а ч.3 ст.909 ЦК регламентує, що укладання договору перевезення підтверджується складенням транспортної накладної (коносамент) або іншого документа, встановленого транспортними кодексами (статутами).

Тобто, ЦК прямо не отожднює письмову форму з оформленням накладної, вказуючи лише на те, що остання підтверджує укладання договору перевезення.

Із цього питання до останнього часу серед науковців немає єдності. Різність позицій пов'язана і з моментом та порядком укладання договору перевезення вантажу; правовою природою та значенням заявки на перевезення вантажу.

Так, наприклад, існує думка, що накладна (товарно-транспортна накладна) не є письмовою формою договору. Вона є документом, на підставі якого здійснюється облік виконання сторонами зобов'язань за договором перевезення. При цьому товарно-транспортна накладна виписується відповідно до вже раніше укладеного договору перевезення вантажу [1, 67].

З приводу на це постає логічне питання, що тоді є письмовою формою договору перевезення вантажів?

Така позиція бачиться хибною, оскільки подібні висновки автори роблять, виходячи з позицій науковців, які висловлювалися ними ще за тих часів, коли самі перевезення були плановими, а їх регулювання здійснювалося засобами адміністративного впливу.

Так, наприклад, свого часу А. Рубін вказував, що автотранспортна накладна не є документом, що посвідчує факт укладання договору перевезення вантажів, або письмовою формою договору. Такий висновок він робив, посилаючись на те, що автотранспортна накладна виписується відповідно до вже раніше укладеного договору автомобільного перевезення вантажів, а тому товарно-транспортна накладна є вантажопровідним документом, розрахунковим документом, документом, необхідним для пред'явлення вимог до автотранспортної організації у зв'язку з частковою втратою або пошкодженням вантажу, перебором провізної плати та в деяких інших випадках [2, 55].

Вважаємо, що коли автори у своїх роботах посилаються на подібні аргументи, вони відриваються від реальї, умов, за яких існували чи існують певні правовідносини.

Так, при адміністративно-командній системі управління народним господарством, дійсно, можна за певних умов було вважати, що підставою укладання договору перевезення був план перевезення, а подання заявки на здійснення конкретного перевезення – укладанням договору перевезення вантажу. За такої умови, дійсно, накладна була супровідним документом. Хоча навіть за тих умов цивілісти вказували, що виникнення конкретних зобов'язань по перевезенню нерозривно пов'язане з пред'явленням вантажу до перевезення і оформленням накладної [3, 111].

Тому при аналізі значення накладної в договорі перевезення вантажу слід виходити з того, що цивільні правовідносини повинні регулюватися саме цивільними приватноправовими засобами.

Проаналізуємо момент укладання договору перевезення вантажу і правове значення накладної в ньому, виходячи з вказаної позиції.

Відповідно до ст.638 ЦК України договір вважається укладеним, коли між сторонами в належній формі досягнуто згоди за всіма істотними його умовами. Укладання договору є процесом погодження між майбутніми контрагентами суттєвих умов майбутнього договору.

Існує думка, що договір перевезення вантажу є реальним договором (тут ми не беремо до уваги договір перевезення вантажів морським транспортом), тобто для його укладання недостатньо згоди перевізника і відправника вантажу, а необхідна ще й передача вантажу перевізнику. Але в ЦК України ст.640 фактично передбачає конструкцію реально-консенсуальних договорів.

Стаття 909 ЦК України передбачає, що зобов'язання внаслідок договору перевезення між відправником і перевізником виникають після передачі вантажу. Стаття 917 ч.1 ЦК України передбачає обов'язок надати транспортні засоби під навантаження у строк, встановлений договором. Транспортні Статуту та Кодекси передбачають подання заявок на здійснення перевезень за 10 діб на залізничному транспорті, за 5 діб – на автомобільному. Обов'язок подати транспортні засоби під завантаження виникають через подання заявки. Тому деякі автори надають їй правочинного характеру.

Тобто законодавець побоювся прямо сконструювати модель договору перевезення вантажів як реально-консенсуальну, зазначивши, з одного боку, що зобов'язання (договір) по перевезенню виникають із моменту прийняття вантажу перевізником і, з іншого боку, – встановивши обов'язок перевізника подати транспортний засіб для навантаження внаслідок договору (перевезення).

Проблема криється, на думку В.В.Вітрианського, у тому, що законодавство, яке регулює перевезення вантажів, з самого початку конструювалось із орієнтиром лише на реальний договір перевезення вантажів за відсутності інших правових форм [4, 258]. Згідно з Загальним статутом російської залізниці 1885 року вантаж передавався відправником залізниці (в місцях загального користування) і відправлявся залізницею негайно, а при наявності вантажів інших перевізників – у порядку черги. Тобто договірні правовідносини по перевезеннях вантажів вичерпувалися реальним договором перевезення вантажу. Ця ж схема була прийнята при кодифікації радянського цивільного права в 1961-64 р.р., хоча в той час активно використовувались різні договірні форми в сфері перевезень вантажів.

Згідно зі ст.638 ч.2 ЦК України договір укладається шляхом пропозиції укласти договір (оферти) однієї сторони і прийняття пропозиції (акцепту) іншою стороною.

У законодавстві інших країн є така ж конструкція. Так, ЦК Російської Федерації (ст.433) містить норму, згідно з якою договір є укладеним у момент отримання особою, яка направила оферту, її акцепту. Якщо відповідно до закону для укладення договору необхідна також передача речей, договір вважається укладеним із моменту передачі відповідних речей.

Перед нами постає питання: що є офертою, який спосіб її вираження і що є акцептом, його формою та моментом вираження в договорі перевезення вантажу?

Загалом офертою вважаються складені та підписані належним чином, завірені печаткою оферента екземпляри проекту договору. Однак Статут ВВТ, Статут залізниць, Статут автомобільного транспорту говорять не про сам договір і його форму, а про підтвердження існування договору, що забезпечується накладною.

Відповідно до ст.642 ЦК України акцептом вважається відповідь від особи, якій адресована оферта, про прийняття нею визначеної пропозиції. Накладну складає і передає перевізнику відправник. Виникає ситуація, за якої стає незрозумілим, хто саме і в який момент є оферентом і акцептантом.

На практиці, з боку перевізника, як правило, відсутня оферта. У рекламі перевізника зазвичай міститься лише інформація про те, що він здійснює такий вид господарської діяльності, як перевезення, і відсутня вказівка про суттєві умови майбутнього договору (наприклад, дані про вантаж).

Щодо договору перевезення вантажів, то до суттєвих умов відносяться дані про вантаж, порт (станцію і т.п.) призначення, одержувача, вартість наданих послуг. Ці умови, як правило, відсутні, оскільки є прерогативою визначення відправником вантажу (не беручи до уваги теоретичну можливість здійснення рейсових перевезень).

Якщо прийняти за оферента відправника вантажу (і чи слід у такому випадку вважати офертою передачу вантажу перевізнику), а перевізника акцептантом, то акцептом вважаємо факт прийняття вантажу останнім. Ця ситуація не містить протиріччя загальним нормам про укладення договорів.

Стає незрозумілою ситуація, коли оферентом є перевізник, а відправник в якості акцепту передає йому вантаж – те, що буде свідчити про факт прийняття вантажу до перевезення? Ці неясності зумовлені відсутністю письмової форми договору (і наявністю лише доказів його укладення у формі накладної); умовою, передбаченою законом про укладення договору перевезення, пов'язаною з реальною передачею вантажу перевізникові (наявністю фактичних дій кожної із сторін договору, які його укладають).

Укладення договору перевезення вантажу, хоча й відповідає загальним правилам про укладення договорів, але має свої особливості, які зумовлені видом вантажних перевезень.

Нами відстоюється теза про необхідність розглядати договір перевезення вантажу не як реальний чи консенсуальний, а як такий, що містить ознаки і реальної, і консенсуальної угоди. Тобто такий, який є укладеним не з моменту надання вантажу до перевезення, а з моменту досягнення сторонами згоди з усіх суттєвих умов договору, що може виражатися у формі згоди перевізника виконати замовлення відправника (ч.3 ст.154 ЦК УРСР передбачала, що договір може бути укладений шляхом прийняття до виконання замовлення; ст.915 ЦК України передбачає, що в публічному договорі перевізник повинен здійснити перевезення на звернення будь-якого перевізника і не вирішується це питання у звичайному договорі перевезення вантажу). При цьому зобов'язання в перевізника виникають лише після реальної передачі вантажу. Прибічником такої думки виступає також В.В. Вітрянський.

За визнання цього договору реально-консенсуальним, буде логічною договірною відповідальність за ненадання чи прострочення надання відправником вантажу до перевезення (зараз за такої ситуації наявна відповідальність за ще не укладеним договором, оскільки він є таким лише після прийняття вантажу до перевезення).

Досить цікавою є позиція В.В. Вітрянського, який звертає увагу на те, що подана відправником і прийнята перевізником заявка може бути визнана самостійною підставою для виникнення зобов'язань по поданню транспортних засобів і пред'явленню вантажу в тому випадку, якщо дії сторін здійснюються не на підставі укладеного між ними договору про організацію перевезень вантажів. При цьому подання заявок (оферта) і їх прийняття (акцепт) є діями сторін по укладанню договору про подання транспортних засобів [4, 361].

Пред'явлення відправником вантажу разом із заповненою накладною і приймання перевізником накладної разом із вантажем є правоутворюючим моментом укладення договору перевезення і його формою.

Прийняття перевізником вантажу з накладною свідчить, що перевізник як учасник договору погодився укласти договір перевезення наданого вантажу і прийняв усі умови, вказані відправником у накладній.

Із моменту прийняття вантажу з накладною договір перевезення вважається укладеним на умовах, указаних відправником у накладній (ст.67 Статуту ВВТ).

Для підтвердження укладення договору і прийняття вантажу до перевезення відправнику видається квитанція, яка за своїм юридичним значенням є не лише доказом укладення договору перевезення, але й одночасно має значення розписки, яка засвідчує прийняття вантажу до перевезення і зобов'язання перевізника видати вантаж у пункті призначення його власнику. Квитанція є документом, який надає право розпорядження вантажем під час перевезення і пред'явлення претензії про відшкодування вартості вантажу при його повній втраті.

Передача вантажу разом із накладною відправником і прийняття цього вантажу перевізником, засвідчена квитанцією, є, по суті, обміном офертою і акцептом між зацікавленими особами.

Друге завдання, яке ми ставили перед собою, – вироблення нових конструкцій, моделей укладання і оформлення договору перевезення. Вважаємо, що тут доцільніше було б скористатися вже існуючим досвідом деяких зарубіжних країн.

Так, у Бельгії в річковому судноплаванні поширена видача перевізником коносаменту. У Німеччині при річкових перевезеннях складається накладна, яка супроводжує вантаж. Вантажовідправник одержує від перевізника або дублікат накладної, або ж особливий документ – Ladeschein, який є річковим коносаментом. Цей документ відрізняється від дубліката накладної тим, що він наділений властивостями товарно-розпорядчого документа.

Вважаємо за доцільне зближення норм, які регулюють відносини з перевезення вантажів, і за можливе використання накладних за типом німецького Ladeschein (§§363, 397, 444 HGB) [5], що є одночасно перевізним і товаророзпорядчим документом.

Зважаючи на викладене, можна зробити такі висновки:

- до договору перевезення вантажів застосовуються загальні норми відносно письмової форми договору. Письмовою формою договору перевезення є накладна, яка є перевізним документом, що встановлює взаємні обов'язки сторін договору, і умови його укладення;

- договір перевезення вантажів містить ознаки реально-консенсуального договору; може вважатися укладеним із моменту досягнення згоди з усіх суттєвих умов, але безпосередні зобов'язання по перевезенню вантажу виникають із моменту його передачі перевізнику.

ЛІТЕРАТУРА

1. Свистун Л. Правове значення товарно-транспортної накладної на автомобільному транспорті // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – №9. – С. 67.
2. Рубин А.М. Правовое регулирование централизованных перевозок грузов автомобильным транспортом. – М., 1960. – 173 с.
3. Яичков К.К. Договор перевозки и его виды в советском гражданском праве. Вопросы советского транспортного права. – М.: Госюриздат, 1957. – 296 с.
4. Витрянский В. В. Договор перевозки. – М.: Статут, 2001. – 526 с.
5. Handelsgesetzbuch. Stand: 1. Februar 2004. – Deutscher Taschenbuch Verlag. – В. 292.

УДК 347.75/76

ДОГОВОРИ ФАКТОРИНГУ І ФОРФЕЙТИНГУ, ТА ЇХ ВІДМІННІСТЬ ВІД КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ

Оплачко Л.П., наук. співроб.

Науково-дослідний інститут приватного права та підприємництва АПрН України

Договори факторингу та форфейтингу є новими для України методами кредитування, які по-своєму унікальні й затребувані економіками різних країн. Доцільність використання того або іншого методу визначається метою, що переслідує кредитор (продавець, експортер). У статті визначаються поняття вищевказаних договорів, особливості їх укладення та виконання, проводиться порівняльний аналіз та їх відмежування від кредитного договору.

Ключові слова: факторинг, форфейтинг, кредитний договір, право грошової вимоги, зворотна вимога (регрес).

Оплачко Л.П. ДОГОВОРА ФАКТОРИНГА И ФОРФЕЙТИНГА, И ИХ ОТЛИЧИЕ ОТ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА / Научно-исследовательский институт частного права и предпринимательства АПрН Украины

Договора факторинга и форфейтинга являются новыми для Украины методами кредитования, которые по-своему уникальны и востребованы экономикой разных стран. Целесообразность использования того или другого метода определяется целью, которую преследует кредитор (продавец, экспортер). В статье определяется понятие вышеуказанных договоров, особенности их заключения и выполнения, проводится сравнительный анализ и их отграничение от кредитного договора.

Ключевые слова: факторинг, форфейтинг, кредитный договор, право денежного требования, обратное требование (регресс).

Oplachko L.P. THE CONTRACTS OF FACTORING AND FORFEITING, THEIR DISTINCTIONS FROM THE CREDIT CONTRACT / Private Law and Business Research Institute of Ukraine Academy of Law Sciences

The contracts of factoring and forfeiting are new unique methods of crediting for Ukraine, which are popular in different countries. The expediency of use of certain method is defined by the purpose, pursued by the creditor (the seller, the exporter). The concept of the named contracts, the features of their conclusion and execution are defined in the article, the comparative analysis with the credit contract is made; some features, which distinct these contracts are also named.

Key words: factoring, forfeiting, credit contract, right of the monetary requirement, counterclaim (the recourse).

У процесі своєї діяльності підприємства (у тому числі й українські) зіштовхуються з багатьма проблемами, серед яких можна назвати недостатню капіталомісткість, великі ризики кредитування, високу дебіторську заборгованість, зростання неплатежів.

Впоратися з цими труднощами можна, вдавшись до одних із самих перспективних видів банківських послуг, найбільш пристосованих до сучасних процесів розвитку економіки – факторингу та форфейтингу. Спробуємо порівняти ці два види кредитування.

Згідно з ч.1 ст.1077 Цивільного Кодексу договір факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) – це договір, за яким одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

Предмет договору факторингу – право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, що виникне в майбутньому (майбутня вимога).

Майбутня вимога вважається переданою факторові з дня виникнення права вимоги до боржника. Якщо передання права грошової вимоги обумовлене певною подією, воно вважається переданим із моменту її настання. У цих випадках додаткове оформлення відступлення права грошової вимоги не вимагається.

Сторонами в договорі факторингу є фактор і клієнт. Останнім може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності. Фактором може бути банк чи фінансова установа, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції.

Цивільний Кодекс регламентує відповідальність клієнта перед фактором за дійсність грошової вимоги, право якої відступається, якщо інше не встановлено договором факторингу. Грошова вимога, право якої відступається, є дійсною, якщо клієнт має право відступити право грошової вимоги і в момент її відступлення йому не були відомі обставини, внаслідок яких боржник має право не виконувати вимогу. Клієнт не відповідає за невиконання або неналежне виконання боржником грошової вимоги, право якої відступається і яка пред'явлена до виконання фактором, якщо інше не встановлено договором факторингу.

Наступне відступлення фактором права грошової вимоги третій особі не допускається, якщо інше не встановлено договором факторингу. Якщо договором факторингу допускається наступне відступлення права грошової вимоги, воно здійснюється відповідно до положень гл.73 Цивільного Кодексу.

Цивільний Кодекс регламентує не тільки внутрішні взаємовідносини між клієнтом і фактором, що виникають із договору факторингу, а й зовнішні взаємовідносини між фактором і боржником, який не є стороною договору факторингу, але зобов'язаний здійснити певні дії на користь фактора.

Відповідно до ст.1085 ЦК, якщо фактор пред'явив боржнику вимогу здійснити платіж, останній має право пред'явити до заліку свої грошові вимоги, що ґрунтуються на договорі боржника з клієнтом, які виникли в боржника до моменту, коли він одержав повідомлення про відступлення права грошової вимоги факторові. Боржник не може пред'явити факторові вимоги до клієнта у зв'язку з порушенням ним умови про заборону або обмеження відступлення права грошової вимоги.

Права боржника захищаються законом. У разі порушення клієнтом своїх обов'язків за договором, укладеним із боржником, останній не має права вимагати від фактора повернення сум, уже сплачених йому за відступленою грошовою вимогою, якщо боржник має право одержати ці суми безпосередньо від клієнта.

Боржник, який має право одержати безпосередньо від клієнта суми, сплачені факторові за відступленою грошовою вимогою, має право вимагати повернення цих сум фактором, якщо останній не виконав свого зобов'язання передати клієнтові грошові кошти, пов'язані з відступленням права грошової вимоги, або передав клієнтові грошові кошти, знаючи про порушення ним зобов'язання перед боржником, пов'язаного з відступленням права грошової вимоги.

В основі факторингу лежить перевідступлення неоплачених боргових вимог факторингової компанії, що є загальним елементом для всіх видів факторингу, описаних нижче. Факторингові операції банків класифікуються як:

Внутрішні, якщо постачальник і його клієнт, тобто сторони за договором купівлі-продажу, а також факторингова компанія перебувають в одній і тій самій країні, або міжнародні [2].

Відкритий факторинг – це форма факторингової послуги, при якій боржник сповіщений про те, що постачальник перевідступає рахунки фактури факторингової компанії.

Закритий або конфіденційний факторинг свою назву одержав у зв'язку з тим, що слугує прихованим джерелом коштів для кредитування продажів постачальників товарів, тому що ніхто з контрагентів клієнта не обізнаний про переуступку їм рахунків-фактур факторингової компанії. У цьому випадку платник веде розрахунки із самим постачальником, що після одержання платежу повинен перерахувати відповідну його частину факторингової компанії для погашення кредиту [3].

Із правом регресу, тобто, зворотної вимоги до постачальника відшкодувати сплачену суму, або без подібного права. Дані умови пов'язані з ризиками, які виникають при відмові платника від виконання своїх зобов'язань, тобто кредитними ризиками. При укладенні угоди із правом регресу постачальник продовжує нести певний кредитний ризик по боргових вимогах, що продані йому факторинговою компанією. Остання може скористатися правом регресу й при бажанні продати постачальникові будь-яку неоплачену боргову вимогу у випадку відмови клієнта від платежу (його неплатоспроможності). Дана умова передбачається, якщо постачальники впевнені, що в них не можуть з'явитися сумнівні боргові зобов'язання, або на підтвердження того, що вони досить ретельно оцінюють кредитоспроможність своїх клієнтів, розробивши власну, досить ефективну систему захисту від кредитних ризиків, або в разі специфічності своїх клієнтів. І в тому, і в іншому випадку постачальник не вважає за потрібне оплачувати послуги зі страхування кредитного ризику. Однак гарантований для постачальника і своєчасний приплив коштів може забезпечуватися тільки при укладенні угоди без права регресу. Необхідно, щоправда, відзначити, якщо боргова вимога визнана недійсною (наприклад, якщо постачальник відвантажив клієнтові не замовлений ним товар і перевідступив виставлений за нього рахунок компанії), факторингова компанія в кожному разі має право регресу до постачальника.

З умовою кредитування постачальника у формі оплати вимог до певної дати або попередньої оплати. У першому випадку клієнт факторингової компанії відвантаживши продукцію пред'являє рахунок покупцеві за посередництвом компанії, завдання якої одержати на користь клієнта платіж у строки відповідно до господарського договору (зазвичай від 30 до 120 днів). Сума перевідступлених боргових вимог (за мінусом витрат) перераховується постачальникові на певну дату або після закінчення певного часу.

У випадку попередньої оплати факторингова компанія купує рахунки-фактури в клієнта на умовах негайної оплати 80-90% вартості відвантаження, тобто авансує оборотний капітал свого клієнта (дисконтування рахунків-фактур). Резервні 10-20% вартості відвантаження клієнтові не виплачуються, а бронюються на окремому рахунку на випадок претензій на його адресу від покупця щодо якості продукції, її ціни, т.п. Одержання такої послуги найбільш повно відповідає потребам функціонуючих підприємств, тому що дозволяє їм за допомогою факторингу перетворити продаж із відстрочкою платежу в продаж із негайною оплатою й у такий спосіб прискорити рух свого капіталу. Основною перевагою попередньої оплати є те, що її розмір являє собою фіксований відсоток від суми боргових вимог [4]. Таким чином, постачальник автоматично одержує більше коштів при збільшенні обсягу своїх продажів.

Факторинг є ризикованим, але високо прибутковим видом кредитування, ефективним зняряддям фінансового маркетингу, однією з форм інтегрування банківських операцій, є найбільш пристосованим до сучасних процесів розвитку світової економіки.

Що ж до форфейтингу, то він виник після другої світової війни. Найбільший розвиток форфейтинг одержав у країнах, де відносно слабо розвинене державне кредитування експорту. Форфейтинг має істотні переваги, що робить його привабливою формою середньострокового фінансування. Основною перевагою цієї форми є те, що форфейтер бере на себе всі ризики, пов'язані з операцією. Крім того, її привабливість зростає у зв'язку з відмовою в деяких країнах від фіксованих процентних ставок, хронічною недостатчею в багатьох країнах, що розвиваються, валюти для оплати імпортованих товарів, зростом політичних ризиків і деякими іншими обставинами [4].

Форфейтинг – це купівля боргу, вираженого в оборотному документі, у кредитора на безобіговій основі. Це означає, що покупець боргу (форфейтер) приймає на себе зобов'язання про відмову – форфейтинг – від обігу регресивної вимоги до кредитора при неможливості одержання задоволення від боржника. Купівля оборотного зобов'язання відбувається, природно, із знижкою.

Механізм форфейтингу використовується у двох видах угод: у фінансових – з метою швидкої реалізації довгострокових фінансових зобов'язань та в експортних – для сприяння надходженню коштів експортеру, що надав кредит іноземному покупцю.

Основними оборотними документами, що використовуються в якості форфейтингових інструментів, є векселі. Однак об'єктом форфейтингу можуть стати й інші види цінних паперів. Важливо, щоб ці папери були «чистими» (утримуючими тільки абстрактне зобов'язання).

Основним видом форфейтингових цінних паперів є векселі – прості та переказні. Операції з ними звичайно здійснюються швидко й просто, без несподіваних ускладнень.

Крім векселів, об'єктом форфейтингу можуть бути зобов'язання у формі акредитива. Акредитив, як відомо, – це розрахунковий або грошовий документ, що представляє собою доручення одного банку (кредитної установи) іншому зробити за рахунок спеціально заброньованих коштів оплату товарно-

транспортних документів за відвантажений товар або виплатити пред'явникові акредитива певну суму грошей.

Як об'єкт форфейтування акредитиви застосовуються рідко. Це пояснюється складністю операції, що полягає насамперед у тому, що у випадку з акредитивом необхідно попередньо й докладно погодити умови угоди, що призводить до збільшення строків всієї процедури. Між тим форфейтинговий ринок припускає високу швидкість укладення й здійснення угоди, а також простоту документообігу [5].

Етапи підготовки угоди:

а) ініціація угоди;

Існує два можливі ініціатори форфейтингової угоди – експортер й імпортер. Найчастіше в цій ролі виступає експортер або його банк. І це природно, оскільки для дисконтування надаються або переказні векселі, виписані експортером, або прості векселі, оплачені йому. Саме цим визначається необхідність проведення переговорів ініціатора з форфейтером на ранніх стадіях підготовки контракту. Ще до того, як експортер й імпортер підпишуть контракт, форфейтер може визначити свої вимоги до гарантії або авалю, хоча б приблизно вказати розмір дисконту. Без цієї інформації експортер не в змозі точно визначити ціну контракту.

На практиці далеко не кожен експортер починає переговори з форфейтером на настільки ранній стадії, бо в результаті він може виявити, що маржа за фінансування, включена ним до ціни контракту, необґрунтована.

б) визначення характеру угоди;

Перше, що повинен визначити для себе форфейтер, – це характер угоди, тобто з'ясувати, з якими цінними паперами йому доведеться мати справу – фінансовими або товарними. Фінансові векселі – це цінні папери, випущені з метою акумуляції коштів, які позичальник надалі може використати на свій розсуд. Товарні ж векселі оформляються у випадку угод купівлі-продажу продукції. Однак межа між фінансовими й товарними угодами певним чином розмита (скажімо, виписується вексель без здійснення торговельної угоди, а потім отримані кошти використовуються для придбання яких-небудь товарів).

в) отримання іншої інформації, необхідної форфейтеру;

Після того як форфейтер з'ясує характер угоди, він повинен визначити наступне:

- обсяг фінансування, валюта, строк;
- хто є експортером і в якій країні він перебуває? Це питання важливе, тому що, хоча фінансування забезпечується без права регресу, існують обставини, за яких форфейтер може висунути претензії експортерів. Кредитоспроможність експортера також має значення. Крім того, форфейтер повинен перевірити дійсність підписів на векселях;
- хто є імпортером і з якої він країни? Для перевірки вірогідності підписів і відповідності оформлення векселів законодавству форфейтер повинен точно визначити імпортера і його місцезнаходження;
- хто є гарантом і з якої він країни;
- чим оформляється борг, що підлягає форфейтуванню: простим векселем, переказним і т.д.;
- яким чином борг застрахований;
- періоди погашення векселів, суми погашення;
- вид експортованих товарів. Це питання цікавить форфейтера, по-перше, з погляду на доцільність усієї угоди, по-друге, з позицій легальності експорту;
- коли буде провадитися поставка товару? Дата повинна бути близькою до дати надання фінансування. Важливо також і те, що гарант навряд чи зможе авалювати вексель доти, доки поставка не буде здійснена;
- коли надійдуть документи, що підлягають дисконтуванню? Поки документи не будуть отримані, форфейтер не зможе перевірити й дисконтувати їх;
- які ліцензії й інші документи за умовами контракту повинні бути представлені для поставок товарів? Форфейтер відповідає за те, що не виникне ніяких затримок у виконанні фінансованого ним контракту;

- у яку країну буде зроблений платіж форфейтеру? Це важливо знати, оскільки платіж у закордонний банк може затримати одержання коштів, і така затримка повинна бути врахована при дисконтуванні паперів; існує також можливість заморожування коштів на рахунках владою країни, і ця можливість теж повинна бути врахована при розрахунковій дисконту. Форфейтер може навіть відмовитися від угоди, якщо його не влаштує банк, у який надійдуть кошти.
- г) кредитний аналіз;

Після того як форфейтер одержить відповіді на перераховані вище запитання, він повинен провести кредитний аналіз. Більшість форфейтингових операцій здійснюється банками, і кредитний аналіз є обов'язковим етапом підготовки угоди. Існує як мінімум чотири види ризику, які повинні бути проаналізовані форфейтером: ризик гаранта, ризик покупця, ризик імпортера, ризик країни.

Крім того, форфейтер повинен зібрати наступну інформацію:

- яка кредитоспроможність гаранта?
- чи можна буде надалі продати папери за прийнятною ціною?
- чи є можливість покупки даного боргу з обліком уже наявних у портфелі форфейтера цінних паперів? Яка при цьому очікується ступінь ризику?

Після цього форфейтер може називати свою тверду ціну. Однак із моменту передачі заявки на здійснення форфейтингової угоди до реальної поставки товарів, коли форфейтер зможе купити векселі, проходить певний час, протягом якого процентні ставки можуть змінитися в несприятливому для форфейтера напрямку.

- д) документальне оформлення угоди.

Після того як досягнута попередня домовленість про угоду, форфейтер посилає документи із пропозицією (телексом або листом) експортерів, що повинен письмово підтвердити свою згоду. Форфейтер також перераховує документи, з якими йому необхідно ознайомитися до того, як він здійснюватиме дисконтування векселів (ліцензія на експорт товарів, інші повідомні документи). Знайомство із зазначеною документацією повинне дати йому можливість переконатися у тому, що угода відбудеться.

Коли пропозиція буде прийнята експортером, він повинен підготувати серію перекладних векселів або підписати угоду про прийняття простих векселів від покупця. На даній стадії експортер повинен також одержати гарантію або аваль на свої векселі. Крім того, він робить напис на векселях: «без права регресу». Таким чином, будуть готові всі документи, на основі яких форфейтер може зробити дисконтування, навіть якщо відвантаження товарів фактично ще не зроблене.

З вищесказаного можна зробити висновок, що форфейтинг є досить гнучким інструментом міжнародних фінансів. Однак для нього характерно кілька обмежень, які полягають у наступному: експортер повинен бути згодний продовжити строк кредиту на період від 6 місяців до 10 років і довше, також експортер повинен бути згодний приймати погашення боргу серіями, якщо імпортер не є державним агентом або міжнародною компанією, повернення боргу повинно бути безумовно й безвідклично гарантоване банком або державним інститутом, прийнятним для форфейтера [6].

У цілому ж цей інструмент має як переваги, так і недоліки для всіх, хто ними користується.

Отже, можна зробити висновок, що обидва методи кредитування по-своєму унікальні й затребувані економіками різних країн. Доцільність використання того або іншого методу визначається метою, що переслідує кредитор (продавець, експортер).

Форфейтинг найбільш ефективний для великих підприємств, які мають на меті акумуляцію коштів для реалізації довгострокових і дорогих проектів. Але, на жаль, він не отримав такого розвитку в Україні та не отримав ще свого правового визнання.

На основі положень українського законодавства спробуємо дати також розмежування договору факторингу та кредитного договору:

Договір факторингу	Кредитний договір
1. Факторингове фінансування погашається з коштів, що поступають від дебіторів клієнта	1. Кредит повертається кредитору особою, що брала кредит
2. Факторингове фінансування виплачується в строк фактичної відстрочки платежу (до 90 календарних днів)	2. Кредит видається на фіксований строк

Договір факторингу	Кредитний договір
3. Факторингове фінансування виплачується в день поставки товару	3. Кредит виплачується в обумовлений кредитним договором день
4. Для факторингового фінансування ніякого забезпечення не потрібно	4. Кредит, як правило, видається під заставу
5. Розмір фактичного фінансування не обмежений і може збільшуватися залежно від росту обсягу продажів клієнта	5. Кредит видається на попередньо обумовлену суму
6. Факторингове фінансування погашається в день фактичної оплати дебітором поставленого товару	6. Кредит погашається в попередньо обумовлений день
7. Факторингове фінансування виплачується автоматично при наданні накладної та рахунку-фактури	7. Для отримання кредиту необхідно оформляти велику кількість документів
8. Факторингове фінансування продовжується безстроково	8. Погашення кредиту не гарантує отримання нового

Таким чином, можна зробити висновок, що прогресивний розвиток української економіки, а також спрямування України у своєму розвитку до розвинутих країн, сприяє все більшому поширенню кредитного механізму на новітні економічні відносини, що передбачають користування «чужими» активами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. – К.: Атіка, 2003.
2. Гольшев В.Г. Сделки в кредитной сфере // Актуальные проблемы банковского права. – 2000. – № 3. – С. 96.
3. Красько И. Договор факторинга // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1996. – № 6. – С. 3.
4. Международные валютно-кредитные и финансовые отношения: Учебник / Под ред. Красавиной Л.Н. – М.: Финансы и статистика, 2000. – 606 с.
5. Попович В.М. Управление кредитными рисками заемщика, кредитора, страховщика. – К.: Правові джерела, 1996. – 262 с.
6. Репина О.В., Ишина И.В. Финансы, денежное обращение и кредит: Учеб. пособие. – М.: МГТУГА, 2000. – 83 с.

УДК 347.232

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПІДПРИЄМЦЯМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Болокан І.В., ст.викладач

Запорізький національний університет

У статті досліджуються договірні зобов'язально-правові засоби захисту права власності та особливості їх застосування підприємцями.

Ключові слова: право власності, захист права власності, засоби захисту права власності, зобов'язально-правові засоби захисту права власності, примусове виконання обов'язку в натурі, розірвання договору, відмова від договору, відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативно-господарські санкції.

Болокан И.В. ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯМИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННО-ПРАВОВЫХ СРЕДСТВ ЗАЩИТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ / Запорожский национальный университет, Украина

В статье исследуются договорные обязательственно-правовые средства защиты права собственности и особенности их применения предпринимателями.

Ключевые слова: право собственности, защита права собственности, средства защиты права собственности, обязательственно-правовые средства защиты права собственности, принудительное выполнение обязанности в натуре, расторжение договора, отказ от договора, возмещение убытков, штрафные санкции, оперативно-хозяйственные санкции.

Bolokan I.V. SOME FEATURES OF USE OF THE LEGAL COMMITMENT MEANS OF THE PROPERTY RIGHT PROTECTION / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article deals with the problem of contractual legal commitment means of the property right protection and distinctive features of their use by businessmen.

Key words: property right, property right protection, means of the property right protection, legal commitment means of the property right protection, compulsory carrying out of the duty on real, cancellation of the contract, refusal of the contract, the indemnification, penal sanctions, operative – economic sanctions.

Зобов'язально-правові засоби захисту права власності підприємців забезпечують захист права власності підприємців, між якими існує цивільно-правове зобов'язання, тобто підприємців, пов'язаних між собою певними правами та обов'язками. Як вірно зазначає І.В. Дзера, вони базуються на можливості застосовувати примусові заходи в правовідносинах з конкретно визначеними учасниками відносних правовідносин, у яких є уповноважена і зобов'язана особа [1, 138].

Якщо виходити з визнаної доктриною класифікації зобов'язань на договірні та недоговірні (позадоговірні), зобов'язально-правові засоби захисту у свою чергу також поділяються на договірні зобов'язально-правові та недоговірні зобов'язально-правові засоби захисту права власності, які характеризуються властивими лише їм особливостями.

У договірних зобов'язаннях підприємець-кредитор (як і будь-який інший суб'єкт цивільного права) може захистити своє право власності шляхом:

- примусу боржника виконати обов'язок у натурі, наприклад, передати кредиторіві майно у власність;
- розірвання договору;
- застосування мір відповідальності, передбачених договором.

До недоговірних (позадоговірних) зобов'язань доктрина відносить: публічне обіцяння винагороди, ведення чужих справ без доручення, запобігання загрози шкоди чужому майну, рятування здоров'я та життя іншої особи, заподіяння шкоди, створення небезпеки (загрози) життю та здоров'ю фізичних осіб, а також їхньому майну та майну юридичних осіб [2, 17]. Майже таку саму структуру має і Підрозділ 2 "Недоговірні зобов'язання" Розділу III "Окремі види зобов'язань" Книги 5 "Зобов'язальне право" ЦК України, де до вищезазначених недоговірних зобов'язань додано також зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (безпідставне збагачення).

Метою цієї статті є аналіз саме договірних зобов'язально-правових засобів захисту та специфіки їх застосування особливими суб'єктами цивільного права – підприємцями, адже договірні зобов'язання є найбільш поширеними в підприємницькій практиці порівняно з недоговірними. На сьогодні, на жаль, відсутні комплексні дослідження з зазначених питань. Більшість наукових праць присвячено дослідженню лише якихось окремих аспектів зазначеної проблеми, таких, наприклад, як розірвання договорів, відмови від договорів, правової характеристики підприємницьких договорів. Зокрема дослідженнями цих питань займалися С.Є. Андрєєв, І.О. Дзера, В. Ігнатенко, В. Карпенчук, В.В. Луць, І.А. Сивачева, С. Соменков, А.І. Федотова.

Необхідність (можливість) застосування договірних зобов'язально-правових засобів захисту виникає в разі порушення контрагентом-підприємцем умов укладеного ним договору (контракту).

Примус боржника виконати свій обов'язок у натурі – це загальна назва одного з договірних зобов'язально-правових засобів захисту, який у різних договорах виступає в різних формах, залежно від того, про який договір і про порушення якого обов'язку йдеться.

Примус боржника виконати свій обов'язок у натурі як зобов'язально-правовий засіб захисту цивільних прав, і у тому числі права власності, визнають законодавства багатьох країн світу. Визнає такий засіб захисту і ЦК України. Так, у ч.2 ст.16 одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є примусове виконання обов'язку у натурі. Закріплення в законодавстві зазначеного засобу захисту є важливим та необхідним, оскільки укладаючи той чи інший договір сторона звичайно є зацікавленою в його виконанні контрагентом. Якщо одна із сторін порушує свої договірні обов'язки, вона тим самим завдає певні незручності для іншої сторони, адже остання вимушена шукати іншого контрагента, витрачаються

час, кошти, руйнується довіра контрагентів один до одного. Звичайно ж потерпіла сторона може звернутись до інших засобів захисту (наприклад, застосувати міри договірної відповідальності або розірвати договір), але вони не завжди є адекватними і не завжди відповідають інтересам потерпілої сторони. Примусити боржника виконати свій обов'язок за договором у натурі означає винесення судом рішення, згідно з яким винна сторона повинна здійснити обов'язки, які вона взяла на себе, укладаючи той чи інший договір. Може мати місце і опосередкована форма такого примусу, що полягає в тому, що суд виносить рішення, згідно з яким контрагенту, який не виконав свого обов'язку за договором, забороняється здійснювати ті ж самі дії, що були предметом порушеного договору, стосовно інших осіб. Найбільш розвинутою така форма є у країнах загального права, де вона має назву судового наказу. У нашій країні зазначена форма не знайшла свого розповсюдження та закріплення.

Але примус сторони до виконання її обов'язку за договором у натурі не є універсальним засобом захисту прав потерпілої сторони, адже її застосування не завжди можливо. Детально розробленим це питання є в загальному праві, де існує навіть певна класифікація випадків неможливості винесення рішення про виконання в натурі [3]. У вітчизняному праві немає такої детально розробленої системи умов, за яких пред'явлення позовів про примус боржника до виконання обов'язку в натурі є неможливим.

Обов'язки, які належить виконати, залежать від того, про який договір йдеться. Так, у договорах про оплатну реалізацію продукції, на наш погляд, до законодавчо закріплених обов'язків, що можна віднести до загального засобу захисту – примусу боржника виконати свій обов'язок у натурі – належать вимоги про безоплатне усунення недоліків товару в розумний строк (ч.1 ст.678; ст.686; ч.1 ст.708 ЦК України); про заміну товару (ч.2 ст.678; ст.686; ч.1 ст.708 ЦК України); про заміну неналежних тари та (або) упаковок (ст.686 ЦК України); про заміну некомплектного товару на комплектний (ч.2 ст.684 ЦК України); про доукомплектування товару в розумний строк (ч.1 ст.684 ЦК України); про передання товару в належній тарі та (або) упаковці (ст.686 ЦК України); про прийняття товару та плату за товар (ч.4 ст.690 ЦК України); про оплату товару (ч.3,4 ст.692 ЦК України); про передання оплаченого товару (ч.2 ст.693 ЦК України); про заміну частини товару, що не відповідає асортименту, товаром в асортименті, який встановлено договором (ч.2 ст.672 ЦК України); про передання кількості товару, якої не вистачає (ч.1 ст.670 ЦК України).

У групі договорів про передачу майна в тимчасове користування потерпіла сторона може вимагати безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк (ч.2 ст.768 ЦК України); заміни товару (ч.2 ст.768 ЦК України); передання оплаченого товару (ч.1 ст.766 ЦК України).

У групі договорів про виконання робіт потерпіла сторона може вимагати: безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк (ч.2 ст.852, ч.1 ст.858, ч.2 ст.872 ЦК України); оплати роботи в разі знищення предмета договору підряду або в разі неможливості закінчення роботи через недоліки матеріалу, переданого замовником, чи внаслідок його вказівок про спосіб виконання роботи або якщо таке знищення чи неможливість закінчення роботи сталися після пропущення замовником строку прийняття виконаної роботи (ст.855 ЦК України); виготовлення іншої речі з однорідного матеріалу такої самої якості (ч.1 ст.872 ЦК України), якщо підрядником були допущені істотні відступи від умов договору побутового підряду або інші істотні недоліки в роботі, виконаній із матеріалу замовника; безоплатного перероблення проектно-кошторисної документації або здійснення необхідних додаткових пошукових робіт (ч.2 ст.891 ЦК України).

У групі договорів про надання послуг потерпіла сторона може вимагати: сплати суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення (ч.1 ст.1050 ЦК України); дострокового повернення частини позики, що залишилася в разі прострочення повернення чергової частини в договорі позики, яким встановлено обов'язок позичальника повернути позику частинами (ч.2 ст.1050 ЦК України); дострокового повернення частини позики, що залишилася в разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності (ст.1052 ЦК України).

Наступними зобов'язально-правовими засобами захисту власником свого права власності є такі засоби, як “розірвання договору” та “відмова від договору”. Ці засоби захисту передбачені в нормах ЦК, що регулюють окремі види договірних зобов'язань та договорами між суб'єктами підприємницької діяльності.

Розірвання договору та відмова від договору є договірними зобов'язально-правовими засобами захисту права власності, оскільки можливість їх застосування обумовлюється сторонами в договорі, або надається законом, і вони дозволяють припинити порушення права власності або усунути перешкоди на шляху його здійснення.

Розірвання договору як договірний зобов'язально-правовий засіб захисту передбачений ЦК України за порушення наступних цивільно-правових договорів: купівля-продаж (ст.659); дарування (ст.ст.726, 727, ч.3 ст.730); рента (ст.740); довічне утримання (догляд) (ст.ст.755, 756); найм (оренда) (ст.ст.768 ч.2, 769

ч.2, 773 ч.2, 776 ч.2, 783, 784); найм житла (ст.825 ч.2, 4); позичка (ст.830, ч.2 ст.834); підряд (ст.852 ч.2); побутовий підряд (ст.869 ч.3, ч.1 ст.872); управління майном (ч.2 ст.1039). Але не завжди порушення того чи іншого договірної зобов'язання є одночасно порушеннями права власності, а тому не завжди розірвання договору виступає засобом захисту саме права власності.

Відмова від договору як договірний зобов'язально-правовий засіб захисту передбачений ЦК України за порушення наступних цивільно-правових договорів: купівля-продаж (ст.ст.660, 666, 678, 684, 690, 692, 695, 696); роздрібна купівля-продаж (ст.ст.700, 708); найм (оренда) (ст.ст.766, 782); підряд (ч.1 ст.848, ч.2,3 ст.849, ч.3 ст.859); будівельний підряд (ч.3 ст.879); страхування (ст.997 ч.2); ліцензійний договір (ч.2 ст.1110).

Аналіз статей ЦК України дає змогу стверджувати, що законодавець не надає в тексті ЦК визначень поняттям “розірвання договору” та “відмова від договору”. Це є недоліком, на наш погляд, і потребує усунення шляхом доповнення відповідних статей пунктами з визначеннями.

Аналіз тлумачних словників щодо визначень, наданих у них таким поняттям, як “розірвання” та “відмова” [4], також не дає однозначної відповіді на питання щодо співвідношення цих понять.

Поняття “розірвання договору” є більш широким і включає в себе поняття “одностороння відмова від договору”. Це підтверджується наступними міркуваннями.

Регулюванню питань розірвання договору присвячена ст.651 ЦК України. Згідно з текстом цієї статті розірвання договору допускається у двох випадках: 1) за загальним правилом на розірвання договору повинна бути надана згода всіх сторін, та 2) інші випадки, встановлені законом або договором. До таких інших випадків, встановлених законом, належать передбачені законом випадки розірвання договору на вимогу однієї із сторін. Це можливо в разі істотного порушення умов договору та у зв'язку з істотною зміною обставин, якщо сторони не досягли згоди щодо розірвання та за наявності одночасно умов, передбачених ч.2 ст.652 ЦК України. Ще одним випадком можливості розірвання договору на вимогу однієї з сторін, що передбачений законом, є одностороння відмова від договору в повному обсязі. Це право законодавець надає особі у двох випадках: 1) у разі порушення умов договору (будь-якого порушення, а не лише суттєвого, як це передбачено для розірвання договору на вимогу однієї сторони); 2) у разі бажання або необхідності припинити договірні стосунки між сторонами (це, як правило, має місце у разі укладення договору без визначення строку його дії).

Різняться і передбачені законодавцем порядки такого розірвання. Так, у разі розірвання договору на вимогу однієї із сторін через істотне порушення іншою стороною умов договору або через істотну зміну обставин у разі недосягнення сторонами згоди щодо розірвання, передбачений судовий порядок розірвання. Тобто сторона, для того щоб розірвати свої договірні стосунки, повинна звернутись із такою вимогою до суду шляхом подання позовної заяви.

Тоді як у разі використання такого засобу захисту, як “одностороння відмова від договору” (у разі порушення умов договору), якщо таке право передбачено законом або договором, звернення до суду є необов'язковим. Необхідним, на наш погляд, є лише попередження винної сторони про свою односторонню відмову від договору та причину такої відмови. Взагалі ЦК України майже не вміщує норм, які б законодавчо закріплювали обов'язок такого попередження. Виключенням є лише норми ч.2 ст.782 та опосередковано ч.2 ст.997. Але таке закріплення є необхідним для того, щоб не залишалось невизначеності в договірних стосунках сторін. Адже сторона має право вважати себе такою, що перебуває в договірних зобов'язаннях до тих пір, поки не отримує інформації про інше. Інший підхід міг би внести невизначеність у цивільний обіг і особливо негативно відбитися в сфері підприємницької діяльності [5, 43].

Вітчизняний законодавець не визначився щодо моменту, з якого договір вважається розірваним у випадку використання стороною права на односторонню відмову від договору. У ст.653 ЦК України згадується лише про момент, із якого зобов'язання вважається зміненим або припиненим у разі домовленості сторін та в разі розірвання договору в судовому порядку. Тому вважаємо, що ч.3 ст.653 ЦК України повинна бути доповнена реченням такого змісту: “Договір вважається розірваним або зміненим із моменту, коли одна сторона дізналася або повинна була дізнатися про односторонню відмову від договору іншої сторони, якщо інше не передбачено законом, договором”.

На необхідність подібного доповнення вже зазначалось нами ще до остаточного прийняття нового ЦК України [6, 299-304].

Коли ми говоримо про порядок розірвання договору – судовий чи позасудовий – необхідно мати на увазі, що одностороння відмова від договору все ж таки непрямо може перерости у судовий процес, адже інша сторона завжди може оспорити таку відмову у суді та вимагати визнання односторонньої відмови від договору недійсною. Суд у даному випадку може або підтвердити право сторони на односторонню відмову або визнати її недейсною. У разі, коли суд підтвердить право сторони на односторонню відмову

від договору, моментом, з якого договір буде вважатись розірваним, буде момент доведення до відома контрагента свого рішення про відмову від договору.

Правовим наслідком односторонньої відмови від договору в повному обсязі є розірвання договору (ч.3 ст.651 ЦК України), а це означає, що оскільки одностороння відмова від договору в повному обсязі є приватним випадком розірвання договору, у разі застосування стороною наданого їй права на односторонню відмову від договору вона повинна дотримуватись вимог про додержання встановленої законодавством форми розірвання. Згідно зі ст.654 ЦК України розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, який розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту. Тобто, за загальним правилом, при усному оформленні договору його розірвання також узгоджується усно, розірвання письмового договору повинно бути оформлено шляхом обміну листами, телеграмами, а також шляхом підписання сторонами угоди про розірвання договору. При розірванні правочинів, укладення яких потребує державної реєстрації договору, розірвання правочину в цьому випадку також повинно бути зареєстровано [7, 82-83].

Але так оформлюється лише результат відмови від договору в повному обсязі – розірвання. Що ж стосується форми самої відмови, то оскільки законодавець не визначився на цей рахунок, вважаємо, що вона може бути будь-якою, аби задовольнити потерпілу сторону.

Необхідність попередження про відмову від договору передбачена в ЦК України у випадках надання сторонам права відмовитись від подальшого виконання договору, або укладення його на новий термін, або у випадку бажання чи необхідності припинити договірні стосунки у договорах, термін дії яких не визначено (наприклад, ч.1, 2 ст.1044, ч.2 ст.763, ч.1 ст.1142, ч.2 ст.1026, ч.1 ст.822, ч.1 ст.1126, ч.1 ст.825, ч.1 ст.834, ст.935, ч.2 ст.939, ч.3 ст.997).

При цьому законодавець визначає різні строки для попередження – 7 днів, 30 днів 1 місяць, 3 місяці. Іноді законодавець використовує навіть такі оціночні поняття, як “розумний строк” (наприклад, ст.935 ЦК України).

Перелік випадків необхідності попередження про розірвання договору через суттєве порушення його умов не такий вже й великий, лише три статті – ч.3 ст.825, ч.3 ст.834, ч.3 ст.1110 ЦК України. Терміни для погодження теж різні – 3 місяці, 6 місяців. Перелік зазначених статей щодо обов’язкового попередження про розірвання договору або про односторонню відмову від договору є вичерпним, отже у всіх інших випадках таке попередження є не обов’язковим.

Таким чином, підсумовуючи співвідношення понять “розірвання договору” та “одностороння відмова від договору в повному обсязі”, необхідно зазначити наступне:

- 1) одностороння відмова від договору в повному обсязі є приватним випадком розірвання договору на вимогу однієї із сторін;
- 2) одностороння відмова від договору в повному обсязі як засіб захисту може мати місце у разі порушення умов договору;
- 3) одностороння відмова від договору в повному обсязі як засіб захисту надається потерпілій стороні хоча і досить часто, але не завжди. Згідно з ч.3 ст.651 ЦК України право на таку відмову повинно бути встановлено законом або договором;
- 4) одностороння відмова від договору в повному обсязі здійснюється без звернення до суду і є простим і ефективним засобом самозахисту, що передбачений ст.19 ЦК України.

Законодавець прямо зазначає, що одностороння відмова від договору в повному обсязі є одним із способів розірвання договору в ст.907 ЦК України, хоча в цій статті він використовує термін “шляхом”: “Договір про надання послуг може бути розірваний, у тому числі шляхом односторонньої відмови від договору...” Але це майже єдина норма, де законодавець використовує зазначену конструкцію.

У тексті ЦК України законодавець поряд із розглянутими поняттями використовує поняття “одностороння відмова від зобов’язання”. Поняття “одностороння відмова від зобов’язання” є більш широким поняттям, ніж поняття “розірвання договору” та “одностороння відмова від договору”. Цього висновку можна дійти, згадавши загальновизнане в доктрині цивільного права положення щодо поділу зобов’язань на договірні та недоговірні (позадоговірні). Тобто поняття “розірвання договору” та “одностороння відмова від договору” є лише частиною поняття “одностороння відмова від зобов’язання” і входить до тієї його частини, що регулює договірні зобов’язання.

Наступним засобом захисту, яким може скористатись підприємець у договірних зобов’язаннях, є застосування мір відповідальності. Щодо цього засобу захисту хотілось би зазначити наступне.

Договірною вважається відповідальність у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку або позбавлення суб’єктивного права за невиконання або неналежне виконання зобов’язання, яке виникло з договору [8, 831].

Застосування мір цивільно-правової відповідальності виступає не засобом захисту права власності, а засобом відновлення порушеного майнового права власника – кредитора. Це пов'язане з тим, що за загальним правилом неодмінною умовою в складі цивільного правопорушення є збитки, які виявляються в зменшенні, втраті чи пошкодженні майна, а тому відшкодування завданих збитків спрямоване на відновлення порушеного майнового права власника-кредитора, а не безпосередньо на захист права власності, яке вже неможливо відновити.

Найбільш поширеними в підприємницькій практиці є такі засоби захисту (у разі порушення контрагентом умов договору), як відшкодування збитків та застосування штрафних санкцій.

Вимагати відшкодування збитків потерпіла сторона може в будь-якому разі, коли такі збитки їй завдано, що ж стосується штрафних санкцій, їх стягнення можливо лише в разі, якщо це передбачено договором або законом.

ЦК України передбачає відшкодування боржником завданих збитків у наступних випадках: у разі вилучення за рішенням суду товару в покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ч.1 ст.661); ненадання покупцеві можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу (ч.3 ст.700); неможливості відновлення речі (ч.2 ст.779); втрата або пошкодження транспортного засобу (ст.803); порушення замовником свого обов'язку сприяти підрядникові у виконанні роботи у випадках, в обсязі та в порядку, встановлених договором підряду (ч.1 ст.850); нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від їх прийняття (ч.2 ст.874); невиконання або неналежне виконання підрядником обов'язків за договором будівельного підряду (ч.2 ст.885); невиконання або неналежне виконання замовником обов'язків за договором будівельного підряду (ст.886); виявлення недоліків у науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (ч.2 ст.900); невиконання або неналежне виконання договору про надання послуг за плату (ч.1 ст.906); невідбуття поїздки пасажира з пункту пересадки внаслідок запізнення транспортного засобу, який доставив його в цей пункт (ч.3 ст.922); прострочення доставки вантажу (ст.923); непередання поклажадавцем речі на зберігання, якщо він у розумний строк не попередив зберігача про відмову від договору зберігання (ч.2 ст.939); втрата (нестача) або пошкодження речі зберігачем (ч.1 ст.951); у разі втрати, нестачі або пошкодження речі, зданої до камери схову (ч.3 ст.972); у разі невиявлення управителем майном належної турботливості про інтереси установника управління або вигодонабувача (ч.1 ст.1043). Договором між підприємцями може бути встановлена умова, згідно з якою можливе відшкодування збитків за будь-яке порушення того чи іншого договору.

Штрафними санкціями в господарському праві визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити при порушенні ним правил здійснення господарської діяльності, невиконанні або неналежному виконанні господарського зобов'язання. Це легальне визначення, яке надається в ГК України.

ЦК України передбачає окремо деякі порушення умов договору, за які винна сторона зобов'язана сплатити неустойку. Це такі порушення, як прострочення продавцем або виготовлювачем усунення недоліків товару і невиконання вимоги про надання в користування аналогічного товару на час усунення недоліків (ч.5 ст.709); невиконання наймачем обов'язку щодо повернення речі (ч.2 ст.785); невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором будівельного підряду; невиконання або неналежне виконання замовником обов'язків за договором будівельного підряду (ст.866); у разі несплати страховиком страховальникові або іншій особі страхової виплати (ст.992); у разі несвоєчасного повернення позичальником речі, визначеної родовими ознаками (ч.1 ст.1050).

Нове цивільне законодавство визнає неустойкою (штрафом, пенєю) не лише грошову суму, як це було за ЦК 1963 р. та визнається ГК України, а й інше майно, яке боржник повинен передати кредиторіві в разі порушення боржником зобов'язання. Ця неузгодженість між ЦК України та ГК України повинна бути усунена, на наш погляд, у бік визнання неустойкою не лише грошової суми, а й іншого майна, адже в підприємницькій практиці досить поширеними є випадки відсутності грошових коштів на рахунках, але достатньої наявності у винного підприємця майна. Тому використання не лише грошової, а й майнової форми неустойки дозволить більш оперативно і зручніше для сторін вирішити питання щодо стягнення штрафних санкцій.

Не зовсім вдалою, як нам здається, є спроба законодавця дати визначення однієї з форм неустойки – штрафу – як неустойки, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання.

За відсутності в попередньому діючому цивільному законодавстві визначення поняття “штраф” доктриною було вироблено та розглянуто декілька варіантів штрафу [9, 797], одним з яких був штраф, визначений у конкретній грошовій сумі. Але, як нам здається, обмеження штрафу лише однією формою є недоцільним, адже в деяких відносинах конкретних сторін більш бажаною та ефективною може виявитись інша форма. Підприємницька діяльність є досить гнучкою, вона спрямована на одержання прибутку, а тому повинна

швидко пристосовуватись до тих чи інших обставин, що виникають при укладенні та виконанні підприємницьких договорів. Тобто в конкретних відносинах сторін може виявитись більш доцільною та ефективною інша форма штрафу.

Особливістю пені як різновиду неустойки є те, що вона стягується лише за прострочення (несвоєчасне виконання) грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Пеня стягується за кожний день прострочення боржника за грошовим зобов'язанням аж до повного погашення ним боргу (до повного виконання грошового зобов'язання), тобто це безперервно наростаюча сума за кожний день прострочення визначеного часу.

Нарахування пені може бути обмежене певним терміном або розміром. Прикладом є Закон України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" від 22.11.1996 р., ст.3 якого встановлює, що розмір пені, передбачений статтями 1 та 2 цього закону, обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки НБУ, що діяла в період, за який сплачується пеня.

Існує також протиріччя між положеннями ЦК та ГК України щодо співвідношення можливості стягнення заподіяних збитків та штрафних санкцій. Згідно з положеннями ЦК України стягнення збитків та штрафних санкцій є незалежними один від одного, і якщо за порушення договірних зобов'язань можливе стягнення штрафних санкцій, то вони стягуються в повному розмірі незалежно від відшкодування збитків. ГК України закріплює дещо інше: якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями. На наш погляд, положення ЦК є більш виправданими та відповідають умовам часу, адже штрафна неустойка стимулюватиме належне виконання договорів, тобто дотримання договірної дисципліни.

Відшкодування збитків та сплата штрафних санкцій є правовими наслідками порушення зобов'язання лише в разі, якщо такі наслідки встановлені договором або законом.

Склад збитків законодавець визначає в ст.22 ЦК України та ч.2 ст.224 ГК України. Окрім цього, підприємці мають право за взаємною згодою заздалегідь визначити погоджений розмір збитків, що підлягають відшкодуванню в твердій сумі або у вигляді відсоткової ставки залежно від обсягу невиконання зобов'язання або строків порушення зобов'язань сторонами. Такі збитки отримали назву заздалегідь погоджених. У вітчизняному законодавстві така норма є новелою, тоді як законодавствам інших країн такі збитки відомі вже досить давно [10].

Окрім відшкодування збитків та застосування штрафних санкцій сторони можуть скористатись і такою можливістю, наданою їм ГК України, як застосування оперативно-господарських санкцій. Такими визнаються засоби оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку. Це законодавче визначення оперативно-господарських санкцій, яке закріплено в ч.1 ст.235 ГК України.

Майже таке саме визначення надається і доктриною [11, 604]. Але оперативно-господарські санкції не є мірами цивільно-правової відповідальності, адже вони не відновлюють початкового майнового стану потерпілої сторони, а спрямовані на запобігання конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають застережливий характер і можуть застосовуватись в оперативному порядку одноособово управненою стороною без звернення до юрисдикційного органу.

ГК України в статті 236 встановлює перелік оперативно-господарських санкцій, що не є вичерпним, і сторони в договорі можуть передбачити інші.

Оперативно-господарські санкції застосовуються без попередження, пред'явлення претензії та без звернення до судових органів. Умовою їх застосування є застереження про можливість їх застосування в договорі. У договорі конкретизується і порядок їх застосування. Підставою для застосування оперативно-господарських санкцій є факт порушення підприємницького договору контрагентом. У разі незгоди з застосуванням оперативно-господарських санкцій зацікавлена сторона може звернутись до суду із заявою про відміну такої санкції та відшкодування збитків, завданих її застосуванням.

Оперативно-господарські санкції можуть застосовуватись одночасно з відшкодуванням збитків та стягненням штрафних санкцій. Як зазначає Р.Б. Шишка, такі санкції, як правило, мають місце при неодноразовому порушенні зобов'язання [11, 606].

Підсумовуючи, можна зазначити, що підприємці є одним із суб'єктів цивільного права, а тому вони можуть застосовувати всі засоби захисту, які надані цивільним законодавством. Майже вся підприємницька діяльність опосередковується укладанням підприємницьких договорів, а тому договірні зобов'язально-правові засоби захисту є найбільш поширеними в застосуванні підприємцями. Найбільш універсальним із договірних зобов'язально-правових засобів захисту є відшкодування збитків, адже їх застосування дозволяє швидко відновити майновий стан потерпілого від порушення договірних

зобов'язань підприємця. Не менш важливими є такі засоби захисту, як примус боржника виконати свій обов'язок у натурі, розірвання договору та відмова від договору. Вибір власником-підприємцем того чи іншого договірної зобов'язально-правового засобу захисту залежить від характеру порушень його прав та змісту необхідного захисту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дзера І.О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 255 с.
2. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навчальний посібник для студентів юридич. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та ін. / За ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 912 с.
3. Халфина Р.О. Договор в английском праве. – М.: Издательство академии наук СССР, 1959. – 320 с.; Самонд и Вильямс. Основы договорного права. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1955. – 704 с.; Ласк Г. Гражданское право США (право торгового оборота). – М.: Издательство иностранной литературы, 1961. – 774 с.
4. Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. члена-корреспондента АН СССР Н.Ю. Шведовой. – М., 1989. – 926 с. – С. 469, 665; Новый тлумачний словник української мови у трьох томах. Т. 1 Укладачі: проф. В.В. Яременко; к.ф.н. О.М. Сліпушко – К.: Аконтіт, 2001. – Т. 1. – 928 с. – Т. 2. – 864 с. – С. 311; Толковый словарь русского языка / Гл. редакция Б.М. Волин, Д.Н. Ушаков. Сост. проф. В.В. Виноградов, Г. О. Винокур, Б.А. Ларин, С.И. Ожегов, Б.В. Томашева. Т. 2. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1938. – С. 926, 927; Толковый юридический словарь бизнесмена. Изд-е 4-е стереотипное / Автор-составитель М.А. Баскакова. Под общ. ред. В.М. Хинчука и В.Б. Ляндря. – М.: Контракт, 1993. – С. 298 – 494 с. Соменков С.А. Расторжение договора в одностороннем порядке // Государство и право. – 2000. – № 4. – С. 42-45.
5. Болочан І.В. Розірвання договору як договірний зобов'язально-правовий засіб захисту: проблеми застосування // Держава і право. – 2003. – Вип. 20.
6. Андреев С.Е., Сивачева И.А., Федотова И.А. Договор: заключение, изменение, расторжение. Учебно-практическое пособие. – М.: Проспект, 1997. – 376 с.
7. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – Ч.1 – 864 с.
8. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д.В. Боброва, О.В. Дзера, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – Ч.1 – 864 с.
9. Ласк Г. Гражданское право США (право торгового оборота). – М.: Издательство иностранной литературы, 1961. – 774 с.; Мозолин В.П., Фарисвор Е.А. Договорное право в США и СССР: история и общие концепции. – М.: Наука, 1988. – 312 с. – С. 132, 266; Самонд и Вильямс. Основы договорного права. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1955. – 704 с.
10. Предпринимательское право Украины / Под общ. ред. Шишки Р.Б. – Харьков: Эспада, 2001. – 624 с.

УДК 347.65/68 (73)

LEX DOMICILE І СПАДКОВІ ВІДНОСИНИ В США

Бичківський О.О., ст. викладач

Запорізький національний університет

Мета статті – дослідити поняття *domicile*, його зміст і функції, значення для регулювання спадкових відносин, ускладнених іноземним елементом за допомогою колізійного права США. Розглянуто поняття *domicile*, судове та інші його визначення, функції, співвідношення з іншими категоріями і поняттями, що зустрічаються в спадковому праві США. Стаття написана на основі аналізу доктрини міжнародного приватного права США, спадкового права США і практики його застосування судами різних штатів. Наводяться приклади таких судових рішень.

Стаття розрахована на студентів, аспірантів і викладачів юридичних та інших вищих навчальних закладів, що спеціалізуються в галузі міжнародного спадкового права, а також на юристів-практиків, що займаються міжнародним спадкуванням.

Ключові слова: *domicile, lex domicile, резиденція, спадкові відносини, спадкове право США, спадкування.*

Бычковский А.А. LEX DOMICILE И НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В США / Запорожский национальный университет, Украина

Цель статьи – исследовать понятие *domicile*, его содержание и функции, значение для регулирования наследственных отношений, осложненных иностранным элементом с помощью коллизионного права США. Рассмотрено понятие *domicile*, судебное и иные его определения, функции, соотношение с другими категориями и понятиями, встречающимися в наследственном праве США. Статья написана на основе анализа доктрины международного частного права США, наследственного права США и практики его применения судами различных штатов. Приводятся примеры таких судебных решений.

Статья рассчитана на студентов, аспирантов и преподавателей юридических и иных высших учебных заведений, специализирующихся в области международного наследственного права, а также на юристов-практиков, занимающихся международным наследованием.

Ключевые слова: *domicile, lex domicile, резиденция, наследственные отношения, усложненные иностранным элементом, наследственное право США, наследование.*

Bychkiv's'ky A.A. LEX DOMICILE AND SUCCESSION RELATIONS IN THE USA / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The purpose of the article is to explore the concept of *domicile*, its essence, functions, value, meaning for the regulation of succession relations which are complicated by the foreign elements by means of the collision law of the USA. The concept of *domicile*, judicial and other definitions, functions, correlations with other categories and concepts, existing in the collision law of the USA, are regarded in this article. The article is written on the basis of analysis of the doctrine of international private law of the USA, succession law of the USA and practice of its application by the courts of different states of the USA. Some examples of such courts' decisions are made.

The article is intended for students, graduate students and teaching staff of the law departments and other higher educational establishments, which are specialized in the sphere of the international inheritance law, and also for lawyers-practical workers, which are engaged in the international inheritance.

Key words: *domicile, lex domicile, residence, succession relations complicated by the foreign elements, succession (inheritance) law, succession.*

Мета статті – дослідити поняття *domicile*, його зміст і функції, значення для регулювання спадкових відносин, ускладнених іноземним елементом за допомогою колізійного права США. Ці питання у вітчизняній доктрині міжнародного спадкового права, на жаль, висвітлені частково, тому ми звернули основну увагу на праці таких англомовних авторів, як А. Дайсі, Рассел Дж. Вейнтрауб, Девід Ф. Каверз, Лютер Л. Макдугал, Роберт Л. Фелікс, Ральф Ю. Уріден, Фрідріх К. Юнгер, Уолтер Уіллер Кук, Уілліс Л.М. Різта інші.

Термін „*domicile*” застосовується як "зв'язуючий чинник" у міжнародному приватному праві США. В основі цього поняття є загальновідома істина (трюїзм), що майже кожна особа має певне місце проживання, "дім." Технічні юридичні визначення *domicile* [1], однак, є більш вузькими і ґрунтуються на комбінації фізичної присутності і наміру залишитися або повернутися в це місце. Термін „*domicile*”-корисний для визначення юрисдикції і вибору права (правопорядку) інструмент, значення якого, на думку Р.Дж. Вейнтрауба і Д.Ф. Каверса, суди іноді переоцінювали, оскільки в деяких випадках *domicile* -технічна сторона справи, яка не відбиває практики або здорового глузду [2].

Domicile як зв'язуючий чинник між набором фактів і державою має різне значення. Держава може мати спеціальний інтерес до своїх мешканців, що, можливо, спонукає державу спробувати їх захистити або управляти ними, застосовуючи до них все своє право або його частину. Або, можливо, є бажаним для держави мати єдину систему права, щоб врегулювати певну проблему, наприклад, визначити дійсність шлюбу, для чого суди виберуть *lex domicile* сторін ради зручності, наслідком чого є передбачуваність результатів і спрощення судового завдання, а також прояв турботи держави місця проживання за своїх мешканців. Але, якщо виникає питання про те, який закон повинен регулювати способи управління автомобілем на дорогах держави X, *lex domicile* водія є недоречним.

Держава місця проживання, фактично, більше не має того виключного відношення до життя і поведінки її мешканців, як це було колись. У США, зростання рухливості населення зменшує значення ідеї, що кожна людина, має „штаб-квартиру” в якому-небудь місці. Факт, що в цій країні штати стають більш однаковими, менш шовіністичними в їх ексцентричності, – також діючий чинник. Велика доля роботи людей, гри, або, відпочинку в межах кордонів будь-якого даного штату має також зв'язок з іншими штатами. Штати менше піклуються, ніж колись, щодо захисту місцевого громадянина, на відміну від "іноземця". Вони більш схильні, ніж колись, виконувати закони, застосовуючи їх до обох однаково, за мінімальної рівності, встановленої Федеральною Конституцією. Гості (відвідувачі) штату також як і резиденти звичайно захищені місцевими законами. *Domicile* в тому або іншому штаті має сьогодні менше значення, і, можливо, на думку окремих авторів, буде мати ще менше в наступному поколінні. На

противагу цьому твердженню, інші автори відмічають, що розширене використання *domicile* набуло більшого значення в деяких сучасних підходах щодо вибору закону [3].

На одній стадії розвитку права, особливо в континентальних країнах Європи, правом, яке управляло майже всіма операціями, у яких індивід міг би брати участь, було право місця проживання індивіда. Більш пізніше англійське загальне право (*common law*) прийняло інший напрям розвитку, слідуючи за територіальною теорією, що керівним є право місця певних складових операцій. Ще більш пізній загально-правовий підхід включив *domicile* сторін до числа зв'язуючих чинників, які суди беруть до уваги при встановленні керівного права [4].

Сьогодні суди постійно покладаються на *domicile* як підставу для встановлення юрисдикції або установлення керівного права в низці областей. Тому факт місця проживання, можливо, має вирішальне значення щодо дійсності обслуговування процесу щодо будь-якої особи [5], або юрисдикції, щодо оподаткування особи або власності [6], або влади суду здійснити розлучення [7]. *Lex domicile* може також визначати інтереси кожного з подружжя до рухомого майна, придбаного іншим [8] і навіть дійсність їх шлюбу [9]. *Lex domicile* померлої особи може визначати дійсність заповіту або порядок розподілу рухомого майна особи, яка не залишила заповіту [10].

З метою визначення цих та інших юридичних прав і правовідносин загальне право виходить із того, що кожна особа має *domicile*, і тільки один *domicile*. Для особи, наявність більше ніж одного житла, звичайно, може призвести до плутанини, як мінімум, оскільки це пов'язано з будь-якою конкретною юридичною вимогою або правовідношенням. На практиці ж це, може означати не більше ніж те, що в кожному випадку суд встановить тільки один *domicile* для особи.

Згідно з англо-американською системою права *domicil* особи може бути: або *domicile* за вибором (*domicilium voluntarium*); або *domicile* за законом (*domicilium necessarium*), — остання концепція, включає *domicile* походження і *domicile* залежних осіб [12]. Стандартні правила щодо поняття *domicile* досить міцні. Згідно з ними *domicile* кожної особи встановлено і закріплено законом. Будь-яка дієздатна повнолітня особа може мати дім (житло, оселю), який закон визнає за *domicile* цієї особи. Це так званий *domicile* вибору ("*domicile of choice*") [13], але це – справа вільного вибору індивіда, оскільки він підкоряється вимогам закону для придбання нового житла. Якщо особа має житло у двох або більше місцях, закон визначає, яке з них є або може бути визнане як *domicile* для певних цілей [14]. Якщо особа не має житла, закон визначає специфічне місце як *domicile*. З моменту народження закон встановлює так званий *domicile* походження ("*the domicile of origin*"). Закон визначає *domicile* неповнолітніх і осіб, які визнані судом недієздатними, який може бути змінений фактично поза їх контролем. Це так званий *domicile* дії права ("*domicile by operation of law*") [15].

Концепція *domicile* встановлює юридичний зв'язок між людиною і певним місцем. *Domicile* створено правом, а не людиною, з метою обслуговувати право, його цілі. Оскільки це так, то повинно очікуватися, що необхідні реквізити його визначення можуть зарадити цілям, для яких цей термін використовується. Це може проявитися не тільки у відносинах між державами (штатами), але навіть і в самій державі (штаті). З тих пір, як *domicile* – поняття інструменту, суди використовують його до роботи, для якої це необхідно [16]. Суди, як свідчить практика, дотримуючись ідеї єдиного житла, можуть, проте, встановити *domicile* особи, що знаходиться для однієї мети в одному місці, а для іншої – в іншому місці [17].

Велика кількість законів використовує термін "резиденція" ("*residence*") або деякі його варіанти замість терміна *domicile*, щоб позначити місце, за яким законні вимоги можуть бути виконані, або можуть бути встановлені права та обов'язки. У таких законах термін „резиденція” або його синоніми можуть мати на увазі ту ж річ, що і *domicile*, або ні [18].

Domicile – офіційний юридичний „дім” людини. Він складається з двох елементів. По-перше, *domicile* – це фактична резиденція, місце, у якому фактично живе (фізично мешкає) особа. По-друге, намір зробити це місце домом на певний час [19]. Ці два елементи повинні співіснувати одночасно для визначення *domicile*. Місце проживання може бути визначене з урахуванням низки чинників, наприклад, фактичного (фізичного) місця мешкання, права власності, місця зайнятості та участі в колективних діях [20].

Людина може мати тільки один *domicile* в даний момент, і всі особи мають передбачуваний *domicile* [21]. Звичайно, суд визначає *domicile* згідно з наступними правилами: діти мають *domicile* за народженням, яким є *domicile* їх батька (батьків), опікуна (опікунів). Оскільки неповнолітні нездатні до здійснення юридичне визнаного наміру, їхній намір здійснюється їхніми батьками або опікунами і неповнолітні мають *domicile* їх батьків або опікунів, або *domicile*, який їх батьки або опікуни призначають їм [22]. Раніше, за загальним правом, одружені жінки мали той же *domicile*, що і їхні чоловіки. Сьогодні такої норми в праві США не існує. Заміжні жінки, подібно до незаміжніх жінок і одружених або неодружених чоловіків, юридично можуть придбати їх індивідуальний *domicile* за вибором, яким є їх фактичне місце проживання і намір зробити його своїм домом. Проте закон допускає, що чоловік і дружина, які проживають разом, мають той самий *domicile* [23]. Будучи колись встановленим, *domicile* особи зберігається поки не буде встановлено новий [24]. Він змінюється проживанням (навіть протягом

короткого часу) на новому місці з наміром зробити його місцем проживання або домом. Військовий персонал, ув'язнені та інші особи, що проживають у специфічному розташуванні примусово, розглядаються як такі, що мають *domicile*, який вони мали перед вимушеним поселенням [25].

В англо-американському праві поряд із терміном „*domicile*” іноді використовується термін „резиденція” як рівнозначний термін. Щоб уникнути плутанини, щоб розрізнити їх, слід пам'ятати, що *domicile* - юридичне місце проживання (юридична резиденція), а резиденція – фізичне місце проживання (фізична резиденція).

Фізична резиденція – це просто те місце, де живе особа, яка, можливо, має більше ніж одну резиденцію, на відміну від *domicile*, тому що резиденція означає місце проживання, тоді як *domicile* – це один більш-менш постійний дім.

Резиденція – важлива юридична концепція, яка задовольняє одну з вимог *domicile* [26]. Вона також важлива для держави перебування і федеральних законів і програм від оподаткування, до права на освіту, ліцензування водіїв, виборчого права і судової юрисдикції.

Для цілей сімейного права заслуговує увагу те, що в загальному праві, чоловік визначав резиденцію також як і *domicile* шлюбного союзу. Непроживання дружини в місці, визначеному її чоловіком могло б бути визнане залишенням чоловіка і в деяких штатах (державках) було б підставою для розлучення. Патріархальний контроль місця проживання не є більше нормою права. Проте він можливий на практиці в сім'ях, де чоловік – головний годувальник, який повинен слідувати за своєю роботою, якщо робота вимагає переміщення [27].

Місце проживання (*domicile*) досить часто буває важко визначити. Хоча терміни „місце проживання” і „резиденція” часто використовуються як рівнозначні, взаємозамінні, але вони в дійсності не є такими. Наприклад, у справі *Matter of Estate of Brown*, де чоловік помер у приватній лікарні, у якій він жив протягом останніх 8 років свого життя, суд не визнав цей будинок за його постійне місце проживання. „Зміна місця проживання вимагає фактичного переміщення з наміром йти до цього місця і залишатися там” [28]. З іншого боку, перебування на певній території тільки протягом декількох днів може призвести до зміни місця проживання, якщо особа мала намір поміняти свій доміцилій [29]. Особа може мати кілька резиденцій, але тільки один *domicile*, одне постійне місце проживання [30].

Оскільки обидва терміни („*domicile*” і „*residence*”) не є тотожними, коментатори запропонували [31] термін „звичайна резиденція” („*habitual residence*”), який використовується в Гаазьких конвенціях, і деякою мірою в Європейському праві як заміна, яка не була сприйнята в США.

Domicile власника, звичайно, є визначальним щодо рухомого майна, або „рухомості” (термін, що звичайно використовується не тільки в міжнародній приватно-правовій літературі, але й і в нормативних актах) [32]. Це поняття часто формулюється латинським принципом *mobilia sequuntur personam*, (рухомість прямує за персоною). Тому суд штату Огайо у справі *Howard v. Reynolds* застосував закон штату Вермонт, щоб визначити спадкування активів небіжчика, який мав постійне місце проживання в штаті Вермонт [33]. В іншій справі (див.: *Estate of Crichton*), коли чоловік, який був доміцильований у Нью-Йорку, помер, залишивши власність у штаті Луїзіана, його дружина, претендуючи на частку в загальній сімейній власності, вимагала використати закон штату Луїзіана, її вимога була задоволена стосовно землі, але не стосовно рухомого майна, оскільки Луїзіана, як було сказано, не має ніякого інтересу „в захисті і регулюванні прав одружених осіб, які проживають і мають постійне місце проживання в Нью-Йорку” [34].

Єдиний кодекс офіційного затвердження заповіту (Uniform Probate Code (далі UPC) використовує *lex domicilii* для того, щоб визначити виборну частку того з подружжя, хто пережив іншого стосовно всієї власності небіжчика, включаючи і право на землю [35]. Однак професор Шонблом свідчить, що штати, які не приєдналися до UPC і в яких знаходиться земля в дійсності, не будуть рахуватися з цим вибором права [36]. У справі *Banks v. Junk* суд відмовився застосувати право штату Міссісіпі стосовно землі, що знаходилась у штаті Луїзіана, а належала постійному мешканцю штату Міссісіпі [37]. Каліфорнія підкоряє своєму праву навіть право на землю, яка була придбана подружжям поза межами штату, якщо це подружжя поселилося на постійне проживання в Каліфорнії [38]. З іншого боку, якщо сімейна пара, що поселилася на постійне проживання де-небудь в іншому місці, набуває права на землю, що знаходиться в Каліфорнії, права подружжя на вибірну частку стосовно землі керуються законом місця проживання [39]. *Lex domicilii* також має важливе значення для оподаткування. Наприклад, майно громадянина або постійного мешканця США підлягає оподаткуванню незалежно від того, де ця власність знаходиться [40].

Деякі суди посилаються на *lex domicilii* заповідача в момент складання заповіту навіть, коли це стосується землі [41]. Коли сімейна пара володіє сумісною власністю у Флориді, її відповідне зобов'язання по заставі майна визначається законом її місця проживання.

У рішенні по справі *Sarbacher v. McNamara* сказано, що навіть, якщо власність розташована у Флориді, розрахування з боргами між мешканцями Округу Колумбія представляє головний інтерес для Округу Колумбія [42].

Оскільки багато осіб мають власність, що знаходиться більше ніж в одній юрисдикції, але мають єдине місце проживання, посилення на *lex domicile* має перевагу при розгляді власності як єдиного цілого. Неправдоподібно, щоб заповідач розглядав слова в заповіті як такі, що мають інше значення, якщо вони стосуються землі (нерухомості) на відміну від рухомого майна.

Місце проживання може бути також важливим стосовно питань статусу, який, у свою чергу, може керувати спадкуванням. Тому, у справі *Estate of Salathe*, коли чоловік вимагав визнати його право успадкувати частку „незаповіданого майна дружини“, суд застосував німецький закон, щоб визначити дійсність їх шлюбу, тому що вони мали постійне місце проживання в Німеччині [43].

Оскільки раціональні думки можуть часто відрізнятися щодо того, де знаходиться постійне місце проживання особи, суди іноді досягають суперечливих рішень щодо цього питання. Рішення в державі А, де покійний поселився на постійне місце проживання, є перпоною для суду в державі В щодо іншого рішення тільки стосовно сторін, які підпадають під юрисдикцію суду держави А [44]. Але згідно із UPC, коли суперечливі вимоги місця проживання виникають у різних державах „визначення місця проживання в процесі повинно прийматися як визначальний чинник“ згідно з теорією, що „покійний вважав би за краще, щоб його майно було об'єднане в одне ціле під будь-яким правом, а не було загублене в судовій тяжбі“ [45].

Коли суди посиляються на *lex domicilii*, вони звичайно мають на увазі *lex domicilii* небіжчика в момент смерті [46]. Однак у справі *Royce v. Estate of Denby*, де заповідач-жінка, що мала постійне місце проживання в Нью-Йорку, у момент складання заповіту, і незадовго до своєї смерті переїхала до штату Гемпшир, суд відмовився застосувати право штату Гемпшир, тому що заповіт був складений із посиланням на право штату Нью-Йорк [47]. Згідно з Restatement, суди „як правило тлумачать будь-яке слово або фразу [у заповіті], відповідно до їх використання, що є переважним у штаті, де заповідач поселився на постійне проживання в момент складання заповіту, [оскільки], це можливо знаходилося б у відповідності до наміру заповідача“ [48].

У деяких випадках суд враховує місце проживання спадкоємців, а не покійного. Так, у справі *Whirlpool Corp. v. Ritter*, коли виникло питання щодо спадкування права на одержання страхових виплат (страхового відшкодування) у разі смерті страхувальника, який працював у штаті Арканзас, суд застосував закон штату Оклахома, тому що всі претенденти мали постійне місце проживання в цьому штаті [49]. На думку суддів, інтерес держави, де небіжчик мав постійне місце проживання, слабкіший за інтерес держави, де мають постійне місце проживання потенціальні вигодонабувачі страхового відшкодування в разі смерті страхувальника.

Професор Шонблом критикує використання *lex domicilii* в UPC для більшості правових питань, обґрунтовуючи це необхідністю „більш широкого аналізу інтересів, яким віддають перевагу, у тій або іншій формі, багато хто з учених, що займаються колізійним правом“ [50].

Restatement (Second) of Conflict of Laws (дачі Restatement), встановлюючи більшість традиційних правил, описаних вище щодо багатьох проблем, вказує, що для трастів *inter vivos*, де застосовуване право не визначається засновником, суд повинен застосовувати „локальний закон держави, з яким, цей траст має найбільш тісний взаємозв'язок“ [51]. Це дозволяє розглядати декілька чинників, включаючи місце оформлення (реєстрації) трасту, місцезнаходження майна, місце проживання засновників і бенефіціаріїв [52].

Цей гнучкий підхід був по-різному прийнятий судами різних штатів. Так, суд штату Луїзіана відкинув цей підхід, оскільки цивільний кодекс Луїзіани вимагав застосування закону постійного місця проживання небіжчика, додавши, що „навіть застосувавши аналіз інтересів“, результат, ймовірно, був би таким же“ [53]. Суди інших штатів також іноді „відкидали застосування позбавлених життя традиційних колізійних правил“ на користь „вибору права, заснованого на доречній політиці та інтересах, що поставлені на карту в певних ситуаціях“ [54]. У випадку залучення контракту щодо заповіданого майна дитині спадкодавця суд застосував закон штату Массачусетс, не дивлячись на те, що ця особа померла маючи постійне місце проживання в штаті Нью-Гемпшир, тому що Массачусетс „має найсуттєвіший взаємозв'язок до правочину“, оскільки контракт було укладено і виконано, і спадкоємці проживали там [55].

Проведене дослідження свідчить про різноманіття підходів доктрини і судів США як до терміна *domicile*, так і до терміна *lex domicilii*, а також їх різним застосуванням. Враховуючи велике теоретичне і, особливо, практичне значення, потребує більш глибокого і повного дослідження змісті застосування терміна "*domicile*" в порівнянні з німецьким терміном "*Wohnsitz*". Точна інтерпретація цього слова особливо важлива у випадках спадкування, і тому бажано розглянути ближче відмінності між англо-американською і німецькою концепціями [56].

ЛІТЕРАТУРА

1. Звичайні визначення domicile дуже подібні одне до одного; приклади, що цитуються нижче, не демонструють ніяких важливих відмінностей: А. Дайсі пише: domicile любой особи, загалом, це країна, яка є фактично її постійним домом: (як правило, domicile особи зафіксований у специфічному місці). Як Дайсі відмічає (див.: Dicey A. Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws, 5th ed. By Berriedale Keith, 1932, p.73), особа може бути доміцильована і без наявності спеціального місця, яке може бути назване її домом. Нема необхідності в цій статті обговорювати цей попутний вислів (obiter dictum) судді, з яким, наприклад, німецьке право має розбіжності. Див., також: Restatement § 9: Domicile – місце, з яким особа має улагоджений зв'язок для певної мети, тому що... її дім знаходиться там.
2. See: Russell J. Weintraub, Commentary On The Conduct Laws ch. 2 (4th ed 2001). See also: David F.Cavers, "Habitual Residence": A Useful Concept?, 21 Am. U.L. Rev. 475 (1972).
3. See McDougal, Luter L. American conflicts law / by Luter L., McDougal, III, Robert L.Felix, Ralph U.Written.-5th ed.- Transnational Publishers, Inc.,2001.- §§ 84, 85, 87.
4. Обговорення історичних і сучасних випадків використання domicile при виборі права, див.: Friedrich K. Juenger, Choice Of Law And Multistate Justice, passim (1992).
5. See McDougal, Luter L. American conflicts law / by Luter L., McDougal, III, Robert L.Felix, Ralph U.Written.-5th ed.- Transnational Publishers, Inc.,2001.- § 19.
6. See: Ibid, § 56.
7. See: Ibid, § 207.
8. See: Ibid, §§216-218.
9. See: Ibid, §§ 203-205.
10. See: Ibid, §§181,182.
11. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 11 (1971). Плутанина, яка може виникнути в результаті того, що особа має більше ніж один domicile і труднощі застосування цього правила обговорені в американських підручниках з міжнародного приватного права, див.: McDougal, Luter L. American conflicts law / by Luter L., McDougal, III, Robert L.Felix, Ralph U.Written.-5th ed.- Transnational Publishers, Inc.,2001.-§§ 15,16.
12. Звичайна термінологія в цьому відношенні з варіантами, використаними вище, дотримується того, що термін "domicile, набутий за дією закону", обмежується domicile залежних осіб і не включає domicile за походженням (див., наприклад, Restatement). Але за допомогою яких засобів, окрім спеціальних правових норм, діє domicile за походженням? Як мінімум у такій системі права, як, наприклад, англо-американська, де domicile походження не визначається місцем народження, а domicile батька законнонародженої дитини і domicile матері позашлюбної дитини? Така ж термінологія використовується Бергіном, див.: Burgin. Administration of Foreign Estates, p. 13.
13. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 15 (1971).
14. See Theobald v. Byrns, 579 P.2d 609 (Colo. 1978).
15. Щодо традиційного аналізу термінів "domicile of choice," "domicile of origin," and "domicile by operation of law," see: In re Cullinan's Estate, 131 S.E.2d 316 (N.C. 1963). У дійсності, всі ці три терміни є domicile завдяки дії права ("domicile by operation of law").
16. See: Walter Wheeler Cook, The Local And Legal Bases Of The Conflict of Laws 195-97 (1942); Willis L.M. Reese, Does Domicile Bear a Single Meaning?, 55 Columbia Law Review REV. 589 (1955), and especially the discussion therein of In re Newcomb's Estate, 84 N.E. 950 (N.Y. 1908), and McDonald v. Hartford Trust Co., 132 A. 902 (Conn. 1926). See also Roboz v. Kennedy, 219 F. Supp. 892 (D.D.C. 1963).
17. Таким було рішення, наприклад, у справі Hershkovff. Board of Registrars, 321 N.E.2d 656 (Mass. 1974).
18. See McDougal, Luter L. American conflicts law / by Luter L., McDougal, III, Robert L.Felix, Ralph U.Written.-5th ed.- Transnational Publishers, Inc.,2001.- § 17.
19. J.H. Friedenthal, M.K. Kane & A.R. Miller, Civil Procedure 2nd edition, (1993), p. 30.
20. Ibid.
21. Restatement, (Second) Conflict of Laws §11 (1972).

22. Ibid, §22 (1972).
23. Ibid, §21 (1972); *ibid*, (1988 rev.).
24. Ibid, §19.
25. Ibid.
26. C.A. Wright, *The Law of Federal Courts* 161-162 (1994) pp. 161-162; and *Black's Law Dictionary*, s.v. 'residence', 5th edition, (1979), pp. 1176-1177.
27. See McDougal, Luter L. *American conflicts law / by Luter L., McDougal, III, Robert L.Felix, Ralph U.Written.-5th ed.- Transnational Publishers, Inc.,2001.- § 17.*
28. *Matter of Estate of Brown*, 587 N.E.2d 686, 689 (Ind.App.1992). Див.також: *Nora v. Nora*, 494 So.2d 16 (Ala.1986) (небіжчик, який провів останні 36 років свого життя в штаті Алабама, залишився доміцильованим у штаті Луїзіана); *Matter of Estate of Marcos*, 963 P.2d 1124 (Haw.1998) (Маркое не був доміцильованим у штаті Гавайї, хоча останні 3,5 роки свого життя він провів у штаті Гавайї); *Gellerstedt v. United Missouri Bank*, 865 S.W.2d 707 (Mo.App.1993) (переїзд до приватної лікарні штату Міссурі не свідчив про зміну доміцилію).
29. *In re Estate of Elson*, 458 N.E.2d 637 (111.App. 1983).
30. *Hager v. Hager*, 607 N.E.2d 63 (Ohio App. 1992); *Matter of Estate of Burshiem*, 483 N.W.2d 175 (N.D.1992).
31. See, e.g., David F. Cavers, "Habitual Residence": A Useful Concept?, 21 AM. U.L. Rev. 475 (1972).
32. *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 260 (спадкування за законом), 263 (дійсність і чинність заповіту), 264 (глумачення заповіту), 265 (обов'язкова подружня доля).
33. *Howard v. Reynolds*, 283 N.E.2d 629 (Ohio 1972). Див.також: *Morris v. Cullipher*, 816 S.W.2d 878 (Ark. 1991) (застосування закону місця проживання (закону штату Арканзас) щодо секретних документів, виданих банком Техасу); У справі *Estate of Rubert*, 651 A.2d 937 (N.H.1994) (рухоме майно керується правом штату Вірджинія, оскільки небіжчик у момент смерті мав там постійне місце проживання); *Knight v. Knight*, 589 N.Y.S.2d 195 (A.D.1992); *Fifth Third Bank v. Crosley*. 669 N.E.2d 904, 908 (Ohio Com.P1.1996) (застосування права штату Флорида при складанні заповіту, оскільки заповідач мав там постійне місце проживання в момент смерті). Але порівняйте: *Cal. Civil Code* § 946 ("якщо не існує іншого права в місці, де знаходиться рухоме майно, думається, що воно прямує за особою свого власника і керується правом його постійного місця проживання); див. також: *Moore v. Livingston*, 265 N.E.2d 251 (Ind.App.1970). Див. також: У справі *Estate of Janney*, 446 A.2d 1265 (Pa. 1982) (право штату Нью-Джерсі не регулювало відносини стосовно землі, тому що земля в Нью-Джерсі була продана); *Cal.Prob. Code* § 21107; *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 225 (1971)..
34. *Estate of Crichton*, 228 N.E.2d 799 (N.Y. 1967). Див.також: *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §265 (1971).
35. *Uniform Probate Code* § 2-202(d). Див.також: *Lotz v. Atamaniuk*, 304 S.E.2d 20 (W.Va.1983) (застосування права постійного місця проживання, щоб спростувати позов).
36. Schoenblum, *Multijurisdictional Estates and Article II of the UPC*, 55 Alb.L.Rev. 1291, 1315 (1992).
37. *Banks v. Junk*, 264 So.2d 387 (Miss. 1972)
38. *Cal. Family Code* § 760.
39. *Cal.Prob.Code* § 120. Див.також: *Estate of Rhoades*, 607 N.Y.S.2d 893 (Sup.1994) (відмова застосувати право штату Нью-Йорк, оскільки небіжчик мав постійне місце проживання в штаті Флорида). *Contra*, *La.Civ.Code art. 10*.
40. *Internal Revenue Code* §§ 2001(a), 2031(a). Стаття 2014 надає довіру податкам, що сплачуються в зарубіжну країну "з повагою до любой власності, яка знаходиться в межах цієї зарубіжної країни" і яка включена в спадкове майно. See Share, *Domicile is Key to Determining Transfer Tax of Non-Citizens*, 22 Est.Plann. 31(1995).
41. *Beauchamp v. Beauchamp*, 574 So.2d 18, 20-21 (Miss.1990); *Estate of Buckley*, 677 S.W.2d 946 (Mo.App.1984); *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 22[^], *illus. 1* (1971).
42. *Sarbacher v. McNamara*, 564 A.2d 701, 707 (D.C.App.1989).
43. *In re Estate of Salathe*, 703 So.2d 1167 (Fla.App.1997).

44. Restatement (Second) of Conflict of Laws § 317 (1971); In re Estate of Rubert, 651 A.2d 937 (N.H.1994) (Визначення суду Вірджинії, яке було оспорене зацікавленими сторонами, отримало повну довіру); У справі Estate of Tolson, 947 P.2d 1242 (Wash.App. 1997) (визначення суду Каліфорнії, що небіжчик мав постійне місце проживання, отримало повну довіру).
45. Uniform Probate Code § 3-202.
46. Restatement (Second) of Conflict of Laws §§ 260, 263, 264 (1971).
47. Royce v. Estate of Denby, 379 A.2d 1256 (N.H.1977). У цьому випадку, оскільки заповідач-жінка була непрацездатною протягом її проживання в Нью-Гемпширі і можливо вона ніколи не міняла свого місця проживання. See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 23, comm. b (1971). У справі Estate of Carver, 343 A.2d 817 (NJ.Super.App.Div.1975) суд також відмовив застосувати lex domicile на момент смерті на підставі, що це зашкодить наміру небіжчика. Професор Шонблум критикує UPC, який використовує lex domicile безвідносно до його тривалості як основи для вибіркової подружньої частки. (Див.: Schoenblum, Multijurisdictional Estates and Article II of the UPC, 55 Alb.L.Rev. 1291, 1316 (1992).
48. Restatement (Second) of Conflict of Laws § 264, comm. f (1971). Див.також: id. § 268, comm. f; Estate of Buckley, 677 S.W.2d 946 (Mo.App.1984). Але у справі Cellerstedt v. United Missouri Bank, 865 S.W.2d 707 (Mo.App.1993) суд встановив що, навіть, якби заповідач-жінка була доміцильована в штаті Канзас, коли вона оформляла свій заповіт, а потім, якби вона переїхала б до штату Міссурі перед своєю смертю, то потрібно було б використати право штату Міссурі.
49. Whirlpool Corp. v. Ritter, 929 F.2d 1318, 1321 (8th Cir.1991). Див.також: Matter of Estate of Gilmore, 946 P.2d 1130, 1138 (N.M.App.1997)
50. Schoenblum. Multijurisdictional Estates and Article II of the UPC, 55 Alb.L.Rev. - (1992).- P. 1317.
51. Restatement (Second) of Conflict of Laws § 270(2) (1971). Див. також: Uniform Trust Code § 109(b)(2).
52. Restatement, Second, Conflict of Laws § 270, comm. c (1971). У справі Fifth Third Bank v. Crosley, 669 N.E.2d 904, 908 (Ohio Com.PL 1996) суд застосував право штату Огайо до двох трастів на тій підставі, що вони були „оформлені (зареєстровані) в штаті Огайо, і місцем знаходження кожного з трастів є штат Огайо" очевидно тому, що довірчим власником був траст штату Огайо.
53. Cohn v. Неутап, 544 So.2d 1242 (La. App.1989). Суд відзначив, що діти, які хотіли застосувати право штату Луїзіана, щоб отримати обов'язкову долю, мали постійне місце проживання в штаті Нью-Йорк. У справі Lewis v. Steinreich, 652 N.E.2d 981 (Ohio 1995) суд, слідом за Зводом колізійних норм, звернувся до права штату з „найбільш важливими зв'язками", але це виявилось lex domicile небіжчика.
54. Royce v. Estate of Denby, 379 A.2d 1256, 1259 (N.H.1977). Див. також: Whirlpool Corp. v. Ritter, 929 F.2d 1318,1321 (8th Cir. 1991).
55. Nile v. Nile, 734 N.E.2d 1153; 1161 (Mass.2000).
56. Перша (англо-американська) заснована в основному на загальному праві і низці правових прецедентів, остання (німецька) заснована на положеннях §§7-11 Германського цивільного уложення (BGB).

УДК 347.15/17

ПРАВО НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВА НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я

Прасов О.О., здобувач

Запорізький національний університет

Стаття присвячена проблемі з'ясування змісту права на медичну допомогу. Автором здійснюється дослідження права на медичну допомогу як елемент права на охорону здоров'я. Визначається, що право на медичну допомогу займає провідне місце в системі права на охорону здоров'я.
Ключові слова: право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, система, елемент.

Прасов А.А. ПРАВО НА МЕДИЦИНСКУЮ ПОМОЩЬ КАК ЭЛЕМЕНТ ПРАВА НА ОХРАНУ ЗДОРОВЬЯ / Запорожский национальный университет, Украина

Статья посвящена проблеме содержания выяснения права на медицинскую помощь. Автором осуществляется исследование права на медицинскую помощь как элемент права на охрану здоровья. Определяется, что право на медицинскую помощь занимает ведущее место в системе права на охрану здоровья.

Ключевые слова: право на охрану здоровья, право на медицинскую помощь, система, элемент.

Prasov A.A. THE RIGHT TO MEDICAL AID AS THE ELEMENT OF THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the problem of bringing out the right to medical aid. The author carries out research of the right to medical aid as element of the right to health protection. It is defined, that the right to medical aid takes fundamental place in system of the right to health protection.

Key words: right to health protection, right to medical aid, system, element.

Проблема, якій присвячена наша стаття, у загальному вигляді полягає в з'ясуванні права на медичну допомогу. Вона пов'язана з такими завданнями: усвідомлення права на медичну допомогу та визначення можливих тенденцій його розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій в Україні, в яких започатковано розв'язання даної проблеми, свідчить, що вченими-правниками, зокрема О.В. Дзереню, О.Г. Кушніренком, П.М. Рабіновичем, В. Скоморохою, Ю.М. Тодикою, Є.О. Харитоновим, внесено великий вклад у її вирішення. Проте розгляду права на медичну допомогу в системі права на охорону здоров'я приділено недостатньо уваги. Саме висвітленню цього питання присвячена дана робота.

Мета статті – дослідити право на медичну допомогу як елемент права на охорону здоров'я.

Здоров'я людини є однією з найвищих цінностей, якою вона володіє. Воно є першою життєвою потребою, умовою та невід'ємною характеристикою життя [1].

У сучасному світі здоров'я як цінність є по суті інтегрованим показником розвитку суспільства. Проголошена в Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права, інших міжнародних документах, вона знаходить подальше закріплення в національному законодавстві більшості цивілізованих країн світу, у тому числі й в Україні.

Так, у статті 25 Загальної декларації прав людини говориться, що кожна людина має право на такий рівень життя, включаючи медичний догляд та необхідне соціальне обслуговування, який необхідний для забезпечення здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї, а також право на забезпечення в разі хвороби, інвалідності чи іншого випадку втрати засобів до існування за незалежних від людини обставин [2].

У статті 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права закріплено, що держави, які беруть у ньому участь, визнають право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я. Заходи, яких повинні вжити держави-учасниці цього Пакту для повного здійснення цього права, включають ті, які є необхідними для:

- забезпечення скорочення мертвонароджуваності та дитячої смертності і здорового розвитку дитини;
- поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища і гігієни праці в промисловості;
- запобігання і лікування епідемічних, ендемічних, професійних та інших хвороб і боротьби з ними;
- створення умов, які б забезпечували всім медичну допомогу і медичний догляд у разі хвороби [3].

У Конституції України зазначається, що кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (стаття 49 Конституції) [4]. Право фізичної особи на охорону здоров'я передбачено також статтею 283 Цивільного кодексу України та положеннями Закону України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” [5; 6].

Поняття здоров'я та охорона здоров'я мають в Україні нормативне визначення. Під здоров'ям законодавець розуміє стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних дефектів. А під охороною здоров'я – систему заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя [7].

На жаль, чинне законодавство України, закріплюючи право людини на охорону здоров'я, не дає його визначення. У статті 6 Закону України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” зазначається, що право громадян України на охорону здоров'я передбачає:

- a) життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та соціальне обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання здоров'я людини;

Юридичні науки

- б) безпечно для життя і здоров'я навколишнє природне середовище;
- в) санітарно-епідемічне благополуччя території і населеного пункту, де він проживає;
- г) безпечні і здорові умови праці, навчання, побуту та відпочинку;
- д) кваліфіковану медико-санітарну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря і закладу охорони здоров'я;
- е) достовірну та своєчасну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь;
- є) участь в обговоренні проектів законодавчих актів і внесення пропозицій щодо формування державної політики в галузі охорони здоров'я;
- ж) участь в управлінні охороною здоров'я та проведенні громадської експертизи з цих питань у порядку, передбаченому законодавством;
- з) можливість об'єднання в громадські організації з метою сприяння охороні здоров'я;
- и) правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я;
- і) відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди;
- ї) оскарження неправомірних рішень і дій працівників, закладів та органів охорони здоров'я;
- й) можливість проведення незалежної медичної експертизи у разі незгоди громадянина з висновками державної медичної експертизи, застосування до нього заходів примусового лікування та в інших випадках, коли діями працівників охорони здоров'я можуть бути ущемлені загально визнані права людини і громадянина [8].

В юридичній науці такі науковці, як О.Г. Кушніренко та Т.М. Слинко, праву на охорону здоров'я дають наступне визначення: це – сукупність соціальних, організаційних, економічних, науково-медичних, санітарно-епідеміологічних і профілактичних заходів, які зобов'язана проводити держава в інтересах своїх громадян [9]. Таке визначення права на охорону здоров'я стосується права громадянина, а не людини.

Згідно зі статтею 5 Закону України „Основи законодавства України про охорону здоров'я”, державні, громадські або інші органи, підприємства, установи, організації, посадові особи та громадяни зобов'язані забезпечити пріоритетність охорони здоров'я у власній діяльності, не завдавати шкоди здоров'ю населення і окремих осіб, у межах своєї компетенції надавати допомогу хворим, інвалідам та потерпілим від нещасних випадків, сприяти працівникам органів і закладів охорони здоров'я в їх діяльності, а також виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством про охорону здоров'я, тобто охорона здоров'я є загальним обов'язком суспільства та держави [10].

З урахуванням такої позиції законодавця, право людини на охорону здоров'я є її право на систему заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя, що мають проводити суспільство та держава.

У статті 6 Закону України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” також вказується, що законодавством України може бути визначено й інші права громадян у галузі охорони здоров'я [11]. Звідси законодавством можуть бути визначені й інші права людей. Таким чином, кожна складова права на охорону здоров'я є самостійним певним правом громадянина, людини.

Розгляд правового врегулювання суспільних відносин з приводу здоров'я та його охорони у світі та в Україні свідчить, що відносини з надання медичної допомоги є елементом суспільних відносин з охорони здоров'я.

Сфера охорони здоров'я охоплює великий комплекс суспільних відносин – медичних, фінансових, управлінських, організаційних, які регулюються різними галузями законодавства – конституційним, адміністративним, трудовим, цивільним, господарським, кримінальним тощо. Разом із тим, ядром охорони здоров'я виступають медичні відносини, які виникають між пацієнтом і лікарем (медичним працівником) із приводу надання медичної допомоги [12]. Це означає, що право на медичну допомогу в сукупності прав, що складають право на охорону здоров'я, займає провідне становище.

Такої позиції дотримуються й у російській доктрині медичні та юридичні науковці. Заступник начальника Управління організації ОМС ФФОМС, кандидат медичних наук А.А. Азаров, завідуючий кафедрою економіки управління охороною здоров'я та медичного страхування Саратовського ДМУ, доктор медичних наук, професор І.А. Захаров, завідувача кафедрою кримінально-правових дисциплін Поволзького кооперативного інституту, кандидат юридичних наук Н.В. Косолапова, старший науковий

співробітник Поволзького кооперативного інституту О.В. Нікульнікова у своїй роботі „ Организационно-правовое обеспечение конституционного права граждан на медицинскую помощь” зазначають, що єдине за своїм змістом конституційне право громадян на охорону здоров'я розчленовується на ряд соціально-економічних прав, пріоритетним із яких є право на отримання медичної допомоги [13].

Отже, право на охорону здоров'я як система складається з елементів – певних прав людини в галузі охорони здоров'я, провідне місце серед яких посідає право на медичну допомогу.

Визначення, що право на медичну допомогу займає провідне місце в системі права на охорону здоров'я, дозволяє здійснювати подальше дослідження та розв'язання проблеми з'ясування права на медичну допомогу в даному аспекті.

ЛІТЕРАТУРА

1. Биомедицинская этика / Под ред. В.И. Покровского. – М.: Медицина, 1997. – С. 30.
2. Международные документы по правам человека. – Харьков: РИФ «Арсис, ЛТД», 2000. – С. 11.
3. Там само. – С. 95.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – С. 389.
5. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №41. – С. 1266.
6. Закон України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №4. – С. 61.
7. Там само. – С. 60.
8. Там само. – С. 61.
9. Кушніренко О.Г., Слінько Т.М. Права і свободи людини та громадянина: Навчальний посібник. – Х.: Факт, 2001. – С. 95.
10. Закон України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” / Відомості Верховної Ради України. – 1993. – №4. – С. 60-61.
11. Там само. – С. 61.
12. Медичне право України: Збірник нормативно-правових актів / Упоряд. і наук. ред. Н.Б. Болотіна. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре”, 2001. – С. 3.
13. Азаров А.А., Захаров И.А., Косолапова Н.В., Никульникова О.В. Организационно-правовое обеспечение конституционного права граждан на медицинскую помощь // Здравоохранение. – 2000. – №10. – С. 15.

УДК 339.727.22:34 (477)

ОХОРОНА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, ПІРАТСТВО – ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОСТІ

Сергеева С.М., к.ю.н., доцент

Запорізький національний університет

Наукова стаття присвячена проблемі охорони інтелектуальної власності, боротьбі з порушенням авторського і суміжних прав. Автор аналізує нормативні положення інституту інтелектуальної власності, звертає увагу на невідповідність вітчизняних норм до міжнародних.

Ключові слова: інтелектуальна власність, об'єкти права інтелектуальної власності, авторське право і суміжні права, піратство, інформаційний ринок, Європейський Союз.

Сергеева С.Н. ОХРАНА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, ПИРАТСТВО – ПРОБЛЕМЫ СОВРЕМЕННОСТИ / Запорожский национальный университет, Украина

Научная статья посвящена проблеме охраны интеллектуальной собственности, борьбе с нарушением авторского и смежных прав. Автор анализирует нормативные положения института интеллектуальной собственности, обращает внимание на несоответствие отечественных норм международным.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, объекты права интеллектуальной собственности, авторское право и смежные права, пиратство, информационный рынок, Европейский Союз.

Sergeeva S.N. PROTECTION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY, THE PIRACY – PROBLEMS OF THE NOWADAYS / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is based on the current legislation in sphere of the intellectual property. The author analyzes normative positions of the intellectual property institute. Some lacks of the national legislation concerning protection of the intellectual property are revealed.

Key words: intellectual property, objects of the intellectual property, copyright and adjacent rights, piracy, informational market, European Union.

Проблеми охорони інтелектуальної власності сьогодні вийшли у світі на перший план і стали вже не просто юридичними або комерційними питаннями. Внаслідок всеосяжної інтелектуалізації сучасної світової економіки вони дедалі більше стають політичною проблемою, пов'язаною з економічною безпекою та вимагають стратегічних підходів до їх вирішення. Протягом кінця XIX – початку XX ст., зміни які відбулися в соціальній, політичній, науково-технічній і економічній сферах, обумовили новий погляд на авторське право. Свобода преси і зростаюча кількість видань, підвищення якості вищої освіти, збільшення кількості університетів, ВНЗ, бібліотек, весь науково-технічний прогрес сприяли перегляду поглядів, теорій і понять, що раніше склалися. У ситуації науково-технічного прогресу головним завданням є забезпечення правильного поєднання інтересів авторів творів та інтересів усього суспільства.

Боротьба з порушенням авторського і суміжних прав є трудомісткою і високопрофесійною справою для тих, хто цим займається. Проблемами захисту інтелектуальної власності та питаннями боротьби з піратством, розслідуванням злочинів в області авторського права і суміжних прав присвячені праці М.І. Мельникова, Ю.В. Козакова, О.А. Дворякіна, О.В. Ієвіня, В.Г. Зінова, Ю.А. Громова, І.Л. Зайцева, З.С. Сальникова, О.А. Підпригори, В.М. Мамаєвої, О.Д. Святоцького, Р.Б. Шишки, В.С. Дмитришина та багатьох інших учених-юристів.

Складову цивільного права, що захищає право власності на результати творчої діяльності, називають правом інтелектуальної власності, яке містить право промислової власності, авторське право і суміжні права. Основна мета охорони авторських і суміжних прав у державі – сприяння збагаченню і поширенню національної культурної спадщини. Досвід свідчить, що рівень культурної спадщини прямо залежить від ступеня охорони прав авторів творів літератури, науки та мистецтва [1].

Поняття “інтелектуальної власності” є в першу чергу правовим поняттям. Статті 41 і 54 Конституції України гарантують кожному свободу творчості і передбачають охорону інтелектуальної власності законом [2]. Поняття “інтелектуальна власність” не збігається з поняттям власності в класичному її розумінні. Специфіка інтелектуальної власності полягає в тому, що об'єкти такої власності нематеріальні. Крім того, така власність обмежена тимчасовими рамками.

Право інтелектуальної власності – це сукупність цивільно-правових норм, що регулюють відносини, пов'язані з творчою діяльністю. При цьому цивільне право безпосередньо не регулює саму творчу діяльність, тому що процес творчості залишається за межами дії його норм. Функції цивільного права полягають у визнанні авторства на вже створені результати творчої діяльності, встановленні їхнього правового режиму, моральному і матеріальному стимулюванні і захисті прав авторів і інших осіб, що мають авторські права.

У статті 41 Закону України “Про власність” об'єктами права інтелектуальної власності є надбання науки, літератури і мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки для товарів і послуг, результати науково-дослідних робіт і інші результати інтелектуальної праці [3].

Законодавство України щодо захисту авторського права і суміжних прав включає Конституцію України, відповідні норми Цивільного кодексу України, норми Адміністративного кодексу, норми Кримінального кодексу, норми Митного Кодексу, Закон України “Про авторське право і суміжні права”, інших законів України: “Про власність”, “Про кінематографію”, “Про телебачення і радіомовлення”, “Про видавничу справу”, “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм” та інших законів, що охороняють особисті немайнові та майнові права суб'єктів авторського права і суміжних прав [4].

Нормативно-правове регулювання зазначеного інституту інтелектуальної власності, поряд із законодавством про власність, здійснюється безпосередньо Законом України “Про авторське право і суміжні права”. У ст.1 закону зазначається, що даний Закон охороняє особисті (немайнові) і майнові права авторів і їхніх правонаступників, пов'язані зі створенням і використанням досягнень науки, літератури і мистецтва (авторське право), і права виконавців, виробників фонограм, організацій мас-медіа (суміжні права). Іншими словами, у законі закріплений двоєдиний зміст авторського права і суміжних прав як різновиду права інтелектуальної власності і пріоритет у змісті особистих (немайнових) прав.

Цивільний кодекс України 2004 року також містить норми, що регулюють відносини інтелектуальної власності. В них говориться про суміжне використання авторського права художником і підприємством

(наприклад, видавництвом або стороною-замовником), і одночасно – про виключне право автора на твір, якщо інше не записане в договорі. Існує можливість тлумачення закону в ту або іншу сторону, залежно від ситуації. Кодекс так не вирішує одну з основних проблем: авторське право в Україні залишається «аналоговим», незважаючи на активний розвиток «цифрових», інформаційних відносин. Правила, що регулюють подібні відносини, по суті, сконцентровані лише в Договорі Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) про авторське право і Договорі ВОІВ про виконання фонограми (відомих також як інтернет-договори), до яких Україна приєдналася у 2001 році. В актах національного законодавства норми, що регулюють «цифрові» відносини в області авторського права, лише зрідка зустрічаються в Законі України «Про авторське право і суміжні права». Така ситуація є одним із суттєвих недоліків вітчизняного законодавства.

Статтею 51² Кодексу України про адміністративні правопорушення встановлено, що незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, тягне за собою накладення штрафу з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення [5]. У Кримінальному Кодексі України, також є ряд статей, у яких передбачені покарання за незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, що охороняється законом, якщо це завдало шкоди у великому розмірі або в особливо великому розмірі, або такі дії вчинено повторно [6]. Крім того, Митний кодекс України містить положення щодо контролю за переміщенням через митний кордон України товарів, що містять об'єкти інтелектуальної власності [7].

Зрозуміло, що діюче законодавство не є досконалим. І навіть на перший погляд недоліки і прогалини стають дедалі помітними. Невідповідність вітчизняних норм до міжнародних, недостатність спеціалістів, які б могли розробляти і вдосконалювати норми, стають суттєвою проблемою сьогодення нашої держави в боротьбі з захистом інтелектуальної власності. Але час не стоїть на місці, і законодавство у сфері інтелектуальної власності постійно розвивається та удосконалюється. Основним напрямком удосконалення законодавства є забезпечення гарантованості захисту прав інтелектуальної власності.

У світі Україну відносять до країн із низькими стандартами охорони інтелектуальної власності. Необхідна адаптація законодавства України, яка б передбачала реформування правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами, шляхом проектування нового і внесення змін у чинному законодавстві України з врахуванням положень законодавства ЄС та країн-членів ЄС. На сьогодні Україна є учасницею найголовніших міжнародних угод і договорів у справі надання, використання та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності і постійно розширює свою участь у міжнародному співробітництві [8].

Зарубіжні ділові партнери, на жаль, вважають, що в Україні сьогодні рівень захисту інтелектуальної власності не відповідає вимогам міжнародних договорів щодо захисту інтелектуальної власності, до яких Україна приєдналася або збирається приєднатися, а також законодавству Європейського Союзу. Щодо України висуваються претензії в порушенні авторських і суміжних прав – вона перетворилася на одного з найбільших у Європі виробників “піратської” аудіо-, відеопродукції та фонограм. І попри всі намагання влади нашої держави побороти “піратство”, воно впевнено процвітає в нашій країні. Левова частка аудіовізуального продукту на українському ринку має піратське походження. Тенденції у сфері реєстрації та використання прав інтелектуальної власності в Україні залишаються суперечливими й не свідчать про ефективне функціонування системи її охорони. Необхідно зазначити, що піратство завдає шкоди не тільки авторам, виконавцям, компаніям аудіо-, відео- чи комп'ютерної індустрії. Тіньова природа піратства призводить до втрати економіки загалом, а високий рівень ефективності приваблює всіх, хто прагне приховувати свої доходи і займатись піратством. Також відсутність винагороди авторам і виконавцям стає перешкодою створенню нових фільмів, написанню пісень, творів, комп'ютерних програм, а як наслідок – перешкоджає розвитку національної культури в країні.

Проблемою піратства займалися і займаються юристи багатьох країн, спеціалісти з різних галузей права – цивільного, кримінального, міжнародного. Як відомо, піратство зародилося дуже давно, одночасно з розвитком морської справи та, як наслідок, торгівлі. Із часом змінювалося ставлення юриспруденції до поняття “піратство”. У теорії наведено багато понять, але насправді піратство є синонімом терміна “контрафакція”. Відповідно до Закону України від 11 липня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» - «контрафактний примірник твору, фонограми, відеограми – примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, у яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися». Також в цьому ж законі зазначається, що «піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і

розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, програм мовлення» [4].

Таким чином, ознакою піратства є відтворення опублікованих творів або фонограм будь-яким способом для публічного розповсюдження без відповідного дозволу.

Однак глосарій термінів з авторського права і суміжних прав Всесвітньої організації інтелектуальної власності до терміна піратство включає також недозволену «ретрансляцію чужих радіопередач». Природа такого порушення схожа – несанкціоноване використання чужої власності. Натомість у даному випадку немає необхідності робити примірники творів чи фонограм. Більш того, у цифрову епоху, в якій ми живемо, стало поширеним копіювати твори і їх записи, не виготовляючи їх примірники. Чи є це порушення авторського права і суміжних прав піратством згідно із визначенням цього поняття в зазначеному Законі «Про авторське право і суміжні права»? Питання наразі лишається відкритим.

На сучасному етапі проблема захисту цивільних прав є складовою процесу реалізації і гарантування демократії в країні. Система охорони інтелектуальної власності може ефективно працювати за наявності нормативно-правової бази в цій сфері та відповідної інфраструктури.

Враховуючи, що ефективність виконання чинного законодавства у сфері охорони інтелектуальної власності значною мірою залежить від підготовки спеціалістів, діяльність яких пов'язана з наданням, використанням та захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності. На сьогоднішній день проводиться робота по підготовці і підвищенню кваліфікації спеціалістів у цій сфері. У Києві створений інститут інтелектуальної власності і права, що є координаційним і методологічним центром навчання фахівців у названій сфері. Проводяться міжнародні семінари, галузеві та регіональні конференції щодо захисту цих прав.

Важливе значення для ефективної системи охорони інтелектуальної власності в нашій державі має процес входження України до Європейського Союзу та до Світової організації торгівлі. Вступ до Світової організації торгівлі передбачає виконання всіх договорів і угод цієї організації включаючи положення угоди з торговельних аспектів прав інтелектуальної власності, що потребує реформування національного законодавства в сфері охорони інтелектуальної власності. Таким чином, вступ до Світової організації – це ще один крок до «модернізації» законодавства в сфері захисту інтелектуальної власності.

Отже, сьогоднішня законодавча база і практика у сфері захисту інтелектуальної власності потребує вдосконалення. Але навіть вдосконалення нормативної бази – це лише невелика частина необхідного процесу становлення системи протидії піратству. Слід здійснити додаткову низку заходів для втілення правової системи в дію: підвищити чутливість громадської думки (сенсифікувати); розвивати будь-яку ініціативу, здатну поліпшити рух інформації; розширювати міжнародне співробітництво. Зазначені заходи спроможні не тільки зупинити подальше зростання піратства в Україні, а й мають можливість сприяти подальшому розвитку охорони авторського права і суміжних прав.

Підвищення чутливості громадської думки, стосується в першу чергу правоохоронних органів, від міліції до прокуратури та судів, органів необхідних для констатації, кваліфікації та розгляду правопорушень у галузі авторського права і суміжних прав судовими органами [9].

Боротися з піратством досить складно. Досвід засвідчує, що до суду такі справи, як правило, не доходять. І взагалі, відповідальність, яка передбачена законом, робить ризик, пов'язаний з продажем неліцензійних товарів, незрівнянно малим у порівнянні з прибутком, який можна від цього отримати. Крім того, це дуже складно робити процедурно. Отже, вся проблема, полягає в безкарності піратів. Образливим є те, що в Україні сьогодні „піратом” бути модно і прибутково. А це є великою перешкодою для тих підприємців, які працюють у законодавчому полі. Безліч існуючих монополій у сфері розповсюдження інтелектуального продукту, з одного боку, і низька купівельна спроможність кола його потенційних споживачів, з іншого, дають індустрії піратства неозоре поле для маневрів. Відтак усі важелі юридичного впливу на ситуацію, зокрема й запровадження єдиної ліцензійної марки для мультимедійного продукту, зможуть лише на деякий час призупинити потік розкраденого інтелектуального майна на внутрішній і зовнішній ринки. У світовій практиці боротьба з піратством – це стратегічне завдання, в першу чергу, видавничої індустрії, яке виконується засобами ринкової конкуренції, а не тільки послідовного кримінального чи адміністративного переслідування.

Реальністю сьогодення є недосконалість правових механізмів гарантування інформаційних прав і свобод та забезпечення рівних можливостей доступу до загальнодоступної (відкритої) інформації громадянам України. А це створювало і надалі створюватиме передумови для певних зловживань в інформаційній сфері та формування стихійного інформаційного ринку без відповідного впливу і регулюючої ролі держави.

Від розв'язання проблеми створення ефективної системи охорони інтелектуальної власності залежить міцність фундаменту для інноваційної моделі розвитку України, її модернізації, підвищення конкурентоспроможності у світовій соціально-економічній системі. А від цього, у свою чергу, –

перспективи створення робочих місць у нових галузях, які визначають обличчя світової економіки XXI століття – економіки, що базується на знаннях.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мельник М.І. Піратство як злочин у галузі авторського права та суміжних прав: погляд на проблему // Право України. – 2003. – № 3.
2. Конституція України 28.06.1996. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141.
3. Закон України “Про власність” від 07.02.1991р. № 697-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 20. – Ст. 249.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар. – Х.: ООО Одисей, 2004. – 912 с.
5. Закон України “Про авторське право і суміжні права” від 11.07.2001 р. № 2627-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – Ст. 214.
6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 241-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
7. Митний кодекс України від 12.12.1991 р. №1970-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №16. – Ст. 203.
8. Програма інтеграції України до Європейського Союзу.
9. Законодавство, його примусове застосування та боротьба з порушеннями: Семінар. – Київ, 17 грудня 2001 р.

УДК 347.992

ПРИЙНЯТТЯ НОВИХ ДОКАЗІВ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

Трач О.М., ст.викладач

Хмельницький університет управління та права

ЦПК України закріплює можливість подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції за певних умов. Докази, нові докази приймаються та досліджуються судом апеляційної інстанції в випадку обґрунтування особою: незаконності відмови суду першої інстанції у прийнятті наданих нею доказів; недослідження залучених до справи доказів; неможливості їх подачі в суд першої інстанції з поважних причин.

Ключові слова: суд апеляційної інстанції, докази, нові докази, нові обставини, умови.

Трач О.М. ПРИНЯТИЕ НОВЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ СУДОМ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ / Хмельницкий университет управления и права, Украина

ГПК Украины предусматривает возможность подачи новых доказательств суду апелляционной инстанции при определенных условиях. Доказательства, новые доказательства принимаются и исследуются судом апелляционной инстанции в случае обоснования лицом: незаконности отказа суда первой инстанции в принятии предоставленных им доказательств, неисследования приобретенных к делу доказательств; невозможности их подачи в суд первой инстанции по уважительным причинам.

Ключевые слова: суд апелляционной инстанции, доказательства, новые доказательства, новые обстоятельства, условия.

Trach O.M. THE ACCEPTANCE OF NEW PROOFS BY THE COURT OF APPEAL INSTANCE / Khmel'nyts'kyu University of Management and Law, Ukraine

The Civil Procedure Code of Ukraine provides an opportunity of submission of new proofs to the court of appeal instance under certain conditions. The proofs, new proofs are accepted and investigated by the court of appeal instance in case of the substantiation of such aspects by person: illegality of refusal to accept the given proofs by the first instance court, of refusal to research the proofs by the first, attached to the materials of the case, impossibility of submission of the proofs to the first instance court due to valid reasons.

Key words: Court of appeal instance, proof, new proofs, new circumstances, conditions.

21 червня 2001 року Верховна Рада України прийняла Закон України “Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України”[1]. Цим законом у цивільне процесуальне законодавство було введено

новий вид провадження – апеляційний, що виступає механізмом перевірки законності та обґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції, що не набрали чинності. Він знайшов своє втілення також у ЦПК України від 18 березня 2004 року (глава 1 розділу 5) [2]. Як будь-який інститут цивільного процесуального права апеляція має притаманні лише їй ознаки, що дає можливість відрізнити її від інших форм оскарження судових рішень. Даний інститут наділений як загальними, так і спеціальними ознаками. Останні є характерними для окремих видів апеляції, тобто повної та неповної. Однією із спеціальних ознак та найбільш вирішальною для класифікації апеляції на види є закріплення можливості або ж відсутності такої щодо подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції. Законодавче закріплення можливості подачі нових доказів до апеляційного суду вказує на повну апеляцію. Відсутність ж такої або реалізація її лише за певних обмежених умов визначає неповну апеляцію. Цивільне процесуальне законодавство України закріплює неповну апеляцію, а тому необхідним є детальне дослідження питань, пов'язаних із прийняттям нових доказів саме при такому виді апеляції.

Загальні засади апеляції, її види та ознаки досліджувались як у вітчизняній, так і в зарубіжній літературі, зокрема, у працях О.О. Борисової [3], П.І. Шевчука [4], В.В. Кривенка [5, 6], Л.С. Гузя [7], Т. Цюри [8] та ін. Однак у вказаних роботах розглядаються окремі аспекти проблеми, що досліджується, не висвітлюється регламентація даного питання ЦПК України від 18 березня 2004 року.

Новизна апеляційного провадження, і як наслідок – недостатня дослідженість зазначеної проблематики в умовах оновленого цивільного процесуального законодавства, відсутність перевіреної тривалим часом практики, важливість для правозастосовчої діяльності свідчать про необхідність висвітлення питання щодо прийняття нових доказів судом апеляційної інстанції та актуальність проблематики, що розглядається автором. Дана робота має своєю ціллю дослідження теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із прийняттям нових доказів судом апеляційної інстанції. Для досягнення даної мети визначені такі завдання: комплексний аналіз норм чинного ЦПК України, ЦПК України від 18 березня 2004 року, що регулюють можливість прийняття нових доказів судом апеляційної інстанції, аналіз умов прийняття нових доказів, їх класифікація, розробка пропозицій по удосконаленню цивільного процесуального законодавства.

Чинний ЦПК України закріплює можливість подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції та їх дослідження. У відповідності до ст.301 ЦПК України суд апеляційної інстанції може встановлювати нові факти, досліджувати нові докази, а також докази, які, на думку осіб, що беруть участь у справі, судом першої інстанції досліджувались із порушенням встановленого ЦПК порядку. Наприклад, суд послався на докази, які, як вбачається з протоколу судового засідання, судом не оголошувались і не досліджувались, на що звертає увагу скаргник; свідки були допитані судом у порядку ст.33 ЦПК України (судові доручення), суд на їхні показання послався, але в судовому засіданні їх не оголошував; суд вийшов для проведення огляду на місце, провів огляд, послався на це в рішенні, але, у порушення ст.189 ЦПК України, не склав протокол і т.д. [7, 22].

Із метою забезпечення змагального процесу в суді першої інстанції, де сторони повинні надати всі наявні в них докази, і недопущення зловживання стороною своїми правами шляхом „притримання” доказів, що веде до порушення прав іншої сторони, законом установлені певні умови, лише за наявності яких суд апеляційної інстанції приймає нові докази, подані особою, котра звернулася з апеляційною скаргою.

Згідно із п.5 ч.2 ст.293 ЦПК України посилання особи, яка подала апеляційну скаргу чи подання, на нові факти чи засоби доказування, які мають значення для справи, котрі не були надані суду першої інстанції, допускається лише у випадку, коли суд першої інстанції необґрунтовано відмовив у їх прийнятті або коли неможливість їх подання раніше зумовлена поважними причинами. Як зазначає Т. Цюра, законодавець, викладаючи цю норму таким чином, а саме шляхом посилання на „нові факти чи засоби доказування”, не врахував загальних вимог цивільної процедури. Адже відповідно до ст.137 ЦПК позивач у заяві повинен викласти обставини, якими він обґрунтовує свої вимоги, та зазначити докази, що стверджують позов. У цьому випадку неможливо застосовувати поняття „факт”, оскільки це встановлена судом обставина, яку необхідно встановити за допомогою доказів. Тому особи не можуть надавати суду „нових фактів”, а можуть пропонувати суду розглянути „нові обставини” та мають одночасно зазначити докази, за допомогою яких вони будуть встановлені судом. Крім того в п.5 ч.2 ст.293 ЦПК йдеться про засоби доказування, а не самі докази. У зв'язку з цим необхідно цю норму конкретизувати стосовно права зацікавлених осіб надати лише певні докази, а не засоби доказування. Наведене зауваження має суттєве значення для правильного розуміння питання, чи може особа надавати „засоби доказування” у двох випадках: по-перше, для додаткового обґрунтування розглянутих судом першої інстанції обставин по-друге, при зазначенні „нових фактів”, які треба довести за допомогою нових доказів. Нові докази можуть надаватись і для обґрунтування нових юридичних обставин, і для додаткового обґрунтування розглянутих судом першої інстанції обставин [8, 56-57]. Слід зазначити, що ЦПК від 18 березня 2004 року не містить вищевказаних прогалин і вказує з цього приводу питання на нові обставини, нові докази.

Таким чином, суд апеляційної інстанції досліджує нові докази відповідно до п.5 ч.2 ст.293 ЦПК, якщо визнає, що вони не могли бути надані суду першої інстанції або коли відмова в їх прийнятті визнана

необґрунтовано. Висновок про визнання чи невизнання цих обставин такими, що мають значення для розгляду справи, повинен бути викладений в ухвалі суду [6, 31]. Слід зазначити, що О. Немировська вказує на необхідність виключення можливості посилання в апеляційній скарзі на нові докази, як позивачу, так і відповідачу [9, 72].

Цивільне процесуальне законодавство України не містить узагальненого визначення “нових доказів”, що призводить до різного тлумачення їх на практиці. Це у свою чергу, тягне за собою наслідки допущення помилок при їх застосуванні, порушення прав осіб, які брали участь у справі. ЦПК України не розкриває й зміст поняття “додаткові докази”. Що стосується апеляційного провадження, то законодавче закріплення даних понять має істотне значення. Це пов’язано з тим, що суд апеляційної інстанції приймає нові докази лише за певних умов, чітко вказаних у законодавстві. Що ж стосується додаткових доказів, то така вимога відсутня. У відповідності до п.5 ст.299 ЦПК України суддя-доповідач протягом десятиденного строку визначає, якими додатковими доказами сторони та прокурор можуть обґрунтувати апеляційну скаргу, апеляційне подання прокурора чи заперечення проти них і встановлює строк для їх надання (вказана норма відсутня в ЦПК України від 18 березня 2004 року).

Розглянемо ситуації, у яких за законом є можливим прийняття апеляційною інстанцією для дослідження нових доказів.

Перший випадок пов’язаний із порушенням вимог закону при дослідженні доказів судом першої інстанції, коли докази були надані цьому суду, проте він незаконно відмовив у їх прийнятті (вважав, що докази є недопустимими, наприклад, відмовив у дослідженні угоди, укладеної в простій письмовій формі, помилково дійшовши висновку, що обставини, на підтвердження яких сторона просила її дослідити, можуть бути підтверджені лише нотаріально посвідченою угодою; вважав, що докази є неналежними, наприклад, відмовив у їх дослідженні, помилково дійшовши висновку, що обставини, для підтвердження яких сторона просила їх дослідити, не мають значення для справи тощо). Вирішення питання про право суду апеляційної інстанції досліджувати нові докази зумовлено об’єктивними факторами – тлумаченням і застосуванням норм матеріального та процесуального права, на основі яких робиться висновок про наявність чи відсутність порушень закону при дослідженні доказів судом першої інстанції [6, 31]. На нашу думку, вказані докази не зовсім є новими, адже вони вже подавались до суду першої інстанції, хоча й не досліджувались ним. Слід зазначити, що ЦПК України від 18 березня 2004 року не містить зазначеної умови прийняття доказів апеляційним судом, а закріплює в ст.303 таку умову як неправова відмова суду першої інстанції в дослідженні доказів. Крім того, ст.303 розмежовує вищезазначену умову від такої умови, як прийняття нових доказів, неподання яких до суду першої інстанції було зумовлено поважними причинами. Відповідно до п.5 ч.3 ст.295 в апеляційній скарзі має бути зазначено на необґрунтовану відмову в прийнятті доказів. А тому в ст.303 мало б вказуватись саме на неправомірну відмову в прийнятті доказів. У зв’язку з цим необхідно внести відповідні зміни.

Наступний випадок прийняття судом апеляційної інстанції нових доказів пов’язаний із неможливістю їх подачі раніше. На нашу думку, нові докази можуть бути подані до апеляційного суду з даної підстави в таких випадках:

- 1) докази існували в момент розгляду справи в суді першої інстанції, але особа, що їх подає, не знала і не могла знати про їх існування;
У даному випадку слід відмежовувати незнання, зумовлене об’єктивними причинами, від незнання пов’язаного з пасивністю особи в процесі, неприйняття нею необхідних мір по збиранню доказів. У першому випадкові нові докази мають бути прийняті судом апеляційної інстанції безумовно, що ж стосується другого випадку, то такі підстави відсутні.
- 2) докази існували в момент розгляду справи в суді першої інстанції, і особа знала про це, але через незалежні від неї обставини не могла надати їх в суд (наприклад, якщо сторона своєчасно вжила заходів до розшуку в архівних установах документів, які мають значення для справи, із метою надання їх суду першої інстанції, проте їх було знайдено і передано стороні вже після постановлення рішення);
- 3) докази з’явилися після розгляду справи в суді першої інстанції;
- 4) суд першої інстанції необґрунтовано відмовив особі у витребуванні доказів, які могли мати значення для справи (наприклад, необґрунтовано відмовив у витребуванні того чи іншого доказу, призначенні експертизи, у видачі судового доручення по збиранню доказів). У даному випадку, як і у випадку незаконної відмови в прийнятті доказів судом першої інстанції, важливе значення має фіксація відповідної заяви, клопотання в протоколі судового засідання. Сьогодні ж зміст протоколів засідання суду першої інстанції залишає бажати кращого. Іноді в них відсутні відомості про важливі процесуальні дії, не фіксуються пояснення осіб, які мають суттєве значення. Із прийняття ЦПК України від 18 березня 2004 року та введенням його в дію дана ситуація буде ліквідована шляхом повної фіксації судового засідання за допомогою звукозаписувальних

технічних засобів та одночасного ведення журналу судового засідання (ст.ст.197-199 ЦПК України від 18 березня 2004 року). І лише щодо окремих процесуальних дій, вчинюваних поза судовим засіданням, буде складатись відповідний протокол, про також із можливим застосуванням технічних засобів (ст.200 ЦПК України від 18 березня 2004 року).

Таким чином, неможливість подачі нових доказів до суду першої інстанції може бути зумовлена як об'єктивними, так і суб'єктивними факторами. Так, наприклад, до перших можна віднести випадки, коли докази неможливо було витребувати без допомоги суду, а суд відмовив у задоволенні відповідного клопотання, до других – випадки, коли докази з'явилися або стали відомі після ухвалення рішення, постановлення ухвали по справі, хоча зацікавлена особа вживала заходів для їх розшуку, зокрема, в архівних установах.

Крім того, слід зазначити, що законодавцем у ст.293 ЦПК України (ч.2 ст.303 ЦПК України від 18 березня 2004 року) вказується не лише на таку умову подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції, як неможливість їх подання раніше, а й на зумовленість цього поважністю причин. ЦПК України не містить переліку останніх. Поняття поважності причин є суто оціночним. Тому суд з'ясовує природу тих чи інших причин у кожному конкретному випадкові. Нові докази приймаються судом апеляційної інстанції лише у випадку обґрунтування особою неможливості їх представлення до суду першої інстанції з поважних причин. Тому апеляційний суд при розгляді апеляційної скарги повинен з'ясувати, чи були причини неподання того чи іншого доказу до суду першої інстанції дійсно поважними. Слід зазначити, що ст.299, присвячена підготовці апеляційного розгляду справи, не вказує на з'ясування судом поважності причин, що є суттєвим недоліком. Проте ЦПК від 18 березня 2004 року усуває цю прогалину (п.5 ч.1 ст.301).

Під час вирішення питання допуску до розгляду апеляційним судом нових доказів постає питання, на кого ж покладається обов'язок доводити, що сторона навмисно або, навпаки, ненавмисно не подала їх до суду першої інстанції. Для вирішення цього питання, вказує І. Ємельянова, можуть існувати два підходи. Перший – це покласти доведення ненавмисного ненадання на особу, яка подала апеляційну скаргу, а другий – на протилежну особу, оскільки саме вона зацікавлена у тому, щоб апеляційною інстанцією додаткові докази не були взяті до уваги [10, 19].

І нарешті, як вірно зазначають П.І. Шевчук, В.В. Кривенко, можлива ситуація, коли сторона надає апеляційному суду нові докази, які мають істотне значення для справи й ставлять під сумнів законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції [6, 31], можуть суттєво вплинути на результати розгляду справи, однак аргументи, що свідчили б про неможливість їх подачі раніше (до суду першої інстанції) зумовлену поважними причинами, не наводяться і відсутні. У даному випадку теоретично можливі два варіанти: 1) суд апеляційної інстанції чітко дотримується вимог, передбачених ст.293 ЦПК України (ч.2 ст.303 ЦПК України від 18 березня 2004 року) і відмовляє в прийнятті доказів, які мають істотне значення для справи, за підставою відсутності поважності причин неможливості їх подачі раніше; 2) суд апеляційної інстанції відступає від висезгаданих положень передбачених чинним законодавством, і приймає, і досліджує докази, які мають істотне значення для справи.

Очевидно, що в такому випадкові апеляційна інстанція, як стверджують П.І. Шевчук, В.В. Кривенко, не може не зважати на нові докази з посиланням на недобросовісну поведінку сторони в суді першої інстанції (ненадання доказів із причин, які не є поважними). Таким чином, подібні питання суд апеляційної інстанції оцінює і вирішує в кожному конкретному випадку індивідуально [6, 31]. Однак, гадається, що вказані норми щодо умов подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції, передбачені ст.293 ЦПК України (ч.2 ст.303 ЦПК України від 18 березня 2004 року), носять імперативний характер, а тому апеляційна інстанція не має право робити свої висновки на доказах, які хоча й не були подані до суду першої інстанції через неможливість їх подачі, однак з неповажних причин. Суд апеляційної інстанції має відмовити в залученні до справи таких доказів.

Виходячи з норм цивільного процесуального законодавства, нові докази можуть бути не прийняті судом апеляційної інстанції, якщо буде встановлено, що зацікавлена особа вела себе недобросовісно в суді першої інстанції, і, як наслідок, навмисне притримувала докази для подачі їх до апеляційного суду, навмисно не подавала їх до суду першої інстанції з метою затягнути процес по справі. Із цього приводу, правда, що стосується судово-арбітражної практики, Е.Н. Нагорна зазначала, що докази, в основному не приймаються апеляційною інстанцією при наявності зловживання особою своїм правом [11, 54].

Крім того, слід зазначити, що до доказів, які можуть бути досліджені судом апеляційної інстанції, хоча це й не передбачено нормами цивільного процесуального законодавства, можна віднести докази, які хоча й були залучені до справи, проте не досліджувалися судом першої інстанції з вини останнього.

Як видно, умови прийняття доказів, нових доказів до суду апеляційної інстанції визначаються певними причинами, внаслідок яких вони не попали до суду першої інстанції. Вказані причини можна за суб'єктивним складом поділити на дві групи. Перша група причин зумовлена таким суб'єктом, як суд першої інстанції, та проявляється в його діях, бездіяльності. Так, суд першої інстанції: 1) незаконно

відмовив у прийнятті доказів; 2) незаконно відмовив у витребуванні доказів; 3) не дослідив докази, залучені до справи. До другої групи слід віднести осіб, що беруть участь у справі, що не подали докази суду першої інстанції з поважних причин.

Таким чином, доказами, новими докази, що можуть бути прийняті судом апеляційної інстанції, є фактичні дані:

- що існували до, під час або після винесення рішення, ухвалення судом першої інстанції;
- які були відомі суду першої інстанції (наприклад, докази були надані особою, яка бере участь у справі, але не прийняті судом; особі було відмовлено в задоволенні клопотання про витребування того чи іншого доказу);
- які не були відомі суду першої інстанції (особа, яка бере участь у справі, не надала доказ; не заявляла суду про витребування того чи іншого доказу).

Слід також зазначити, що окрім вищезгаданих та закріплених національним законодавством умов подачі та прийняття нових доказів, законодавство ряду країн вказує й на інші випадки, коли в апеляційному суді можливе подання нових доказів.

В англійському апеляційному суді сторони можуть вказати тільки на такі обставини або докази, які виявились після постановлення рішення по їх справі судом першої інстанції або надання яких буде дозволено апеляційним судом за окремою ухвалою [3, 82]. Крім того, суддя може відмовити в прийнятті нових доказів, якщо цього вимагає правосуддя [12, 99].

ЦПК Естонії дозволяє апелянту посилатися на нові доводи і докази у випадку обґрунтованості ним у скарзі неможливості їх надання в суд першої інстанції або ж, якщо для непредставлення в нього була інша вагома причина [3, 82]. Відповідно до ЦПК Азербайджану апеляційний суд не приймає докази в тому разі, коли дійде висновку, що їх подано із запізненням або спрямовано на затримку процесу, або ж коли вони не були подані до суду першої інстанції внаслідок грубої халатності [4, 52].

Цивільне процесуальне законодавство деяких зарубіжних країн, що закріплює неповну апеляцію, зокрема Німеччини, містить положення, у відповідності до якого суд апеляційної інстанції, постановивши рішення на підставі нових доказів або обставин, які могли бути подані до суду першої інстанції, на користь особи, яка їх подала, може покласти на неї судові витрати. О.О. Борисова зазначає з даного питання, що вказані положення мали б більше значення при повній апеляції, оскільки вони застерігали б сторони від спокуси не вказувати в суді першої інстанції всі необхідні докази з метою їх подальшого подання до суду апеляційної інстанції, але й і при неповній апеляції дане положення має додаткове дисциплінуюче значення для сторін [3, 84]. Слід зазначити, що в першому випадковій вказана норма дійсно слугувала б ефективним засобом попередження „притримування” доказів. Що ж стосується неповної апеляції, то закріплення можливості розподілу судових витрат вищевказаним способом, яке начебто здійснюється з метою попередження зловживання сторін правом посилатися на нові докази, не має належного підґрунтя, не здійснює дисциплінуючого ефекту та є, на нашу думку, невинуватим через такі причини. По-перше, як у національному законодавстві, так і зарубіжному, що закріплює неповну апеляцію, встановлено певні умови, за яких можливе подання нових доказів, що і виступає, у свою чергу, основним і єдиним дисциплінуючим фактором їх подачі. Крім того, однією з таких умов, як правило, виступає неможливість подачі доказів суду першої інстанції не з будь-яких причин, а саме поважних. А тому, застосовуючи вищевказане положення, особа ставить в невинуватим для неї становище, що буде наставати, як правило, не з її вини. Крім того, вказані норми обмежують, а іноді позбавляють особу можливості апеляційного оскарження.

Отже, докази, нові докази приймаються судом апеляційної інстанції лише у випадку обґрунтування особою: незаконності відмови суду першої інстанції в прийнятті наданих нею доказів, недослідження залучених до справи доказів, неможливості їх подачі до суду першої інстанції з причин, що не залежали від неї та які є поважними; необхідності їх представлення в суді апеляційної інстанції, і якщо суд визнає ці обґрунтування переконливими. Нові докази можуть бути не прийняті судом апеляційної інстанції, якщо буде встановлено, що особа, яка їх подала, недобросовісно користувалася своїми правами в суді першої інстанції, зокрема, усвідомлено притримувала докази, що, у свою чергу, має наслідком затягування процесу по справі. Слід зазначити, що норми цивільного процесуального законодавства України, що визначають можливість подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції, потребують детальної регламентації. У них має міститись загальне правило про недопустимість подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції та винятки з нього, що мають бути чітко визначені.

Встановлення вказаних умов прийняття доказів, нових доказів до суду апеляційної інстанції, насамперед, зумовлено завданнями, які стоять перед ним – перевірка законності, обґрунтованості рішення, ухвали суду першої інстанції. Тому прийняття судом апеляційної інстанції того чи іншого нового доказу має відновлювати раніше допущені прогалини. Крім того, закріплення переліку умов прийняття судом

апеляційної інстанції нових доказів, надає можливість усім учасникам процесу будувати свою позицію при підготовці до судового засідання виходячи з того, що докази, які не відповідають їм, не будуть прийняті судом апеляційної інстанції.

Проведене дослідження спонукає до розгляду низки правових питань. Тому подальші розвідки з даної проблематики вбачаються в детальному дослідженні форми, суб'єктів подачі нових доказів до суду апеляційної інстанції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України: Закон України від 21 червня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №39. – Ст.190.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року // Офіційний вісник України. – 2004. – №16. – Ст. 1088.
3. Борисова Е.А. Апелляция в гражданском и арбитражном процессе. – М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. – 160 с.
4. Шевчук П.І. Інститут апеляції: досвід урегулювання в процесуальному законодавстві окремих пострадянських країн // Вісник Верховного Суду України. – 2000. – №4 (20). – С. 50-55.
5. Шевчук П.І., Кривенко В.В. Апеляційне і касаційне оскарження судових рішень (коментар цивільного процесуального законодавства). – К.: Видавничий Дім „Юридична книга”, 2003. – 80 с.
6. Шевчук П.І., Кривенко В.В. Апеляційне провадження за новим цивільним процесуальним законодавством // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – №4. – С. 30-39.
7. Гузь Л.Е. Методические рекомендации по практическому применению апелляционного и кассационного производства в судебной практике в свете нового законодательства // Настольная книга судьи. Сборник юридический. – Харьков, 2001. – №7. – С. 64 с.
8. Цюра Т. Новий погляд на класифікацію доказів у цивільному процесі // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №8. – С. 55-58.
9. Немировська О. На шляху оновлення цивільного процесуального законодавства // Право України. – 1999. – №11. – С.70-72.
10. Смелянова І. Апеляційний і касаційний перегляд судових рішень в цивільному судочинстві: теоретичні та практичні аспекти // Право України. – 2004. – №2. – С.16-21.
11. Нагорная Э.Н. Проверка судом кассационной инстанции правомерности отказа в приобщении к материалам дела доказательств, дополнительно представленных при подаче апелляционной жалобы: Комментарий судебно-арбитражной практики. – Вып. 5. – М., 1998. – С.50-60.
12. Gordon R.J.F. Judicial review: law and procedure. – London: Sweet and Maxwell, 1985. – 385 p.

УДК 347.963: 347.921

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАНУ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ ТА ГОСПОДАРЬКОМУ ПРОЦЕСАХ

Курібло В.А., асистент

Маріупольський державний гуманітарний університет

Розглянуті проблеми процесуальної правосуб'єктності прокурора, його представницьких повноважень у цивільному та господарському процесах, межі та можливості їх реалізації. Розкрито вплив ролі прокуратури в забезпеченні законності при здійсненні господарського та культурного будівництва, формуванні громадянського суспільства та правової держави в Україні. Стаття містить пропозиції щодо внесення змін у чинне законодавство України, зокрема, у Цивільний процесуальний та Господарський процесуальний кодекси України.

Ключові слова: законність, законний інтерес, правовий статус суб'єкта, процесуальна правосуб'єктність.

Курибло В.А. ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ ПРОКУРОРА В ГРАЖДАНСКОМ И ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССАХ / Мариупольский государственный гуманитарный университет, Украина

Рассмотрены проблемы процессуальной правосубъектности прокурора, его представительских полномочий в гражданском и хозяйственном процессах, пределы и возможности их реализации. Раскрыта роль прокуратуры в обеспечении законности при осуществлении хозяйственного и культурного строительства, формировании гражданского общества и правового государства в Украине. Статья содержит предложения о внесении изменений в действующее законодательство Украины, в частности, в Гражданский процессуальный и Хозяйственный процессуальный кодексы Украины.

Ключевые слова: законность, законный интерес, правовой статус субъекта, процессуальная правосубъектность.

Kuriblo V.A. SOME PROBLEMS OF THE LEGAL STATUS OF PUBLIC PROSECUTOR IN CIVIL AND ECONOMIC REMEDIES / Mariupol State Humanitarian University, Ukraine

Some problems of remedial status of the public prosecutor, his representation powers in civil and economic court processes, limits and opportunities of their realization are regarded. The influence of the Public Prosecutor Office in maintenance of legality at realization of economic and cultural development, formation of the civil society and lawful state in Ukraine is researched. The article contains some proposals on modification of the current Ukrainian legislation, such as, the Civil remedial and Economic remedial codes of Ukraine.

Key words: legality, legitimate interest, legal status of the subject, remedial status.

Органи прокуратури є особливим суб'єктом господарського процесу, правове становище якого чітко визначене Конституцією та законами України, однак все ще залишається дискусійним, незважаючи на те, що йому були присвячені наукові праці Н.А. Абрамова, С.В. Васильєва, Л.М. Ніколенко, М.В. Косюти, О.М. Михайленко та інших. Так, до теперішнього часу відкритим є питання цивільної та господарської процесуальної правосуб'єктності прокурора, його представницькі повноваження в господарському та цивільному процесах, межі та можливості їх реалізації і інші, відповіді на які мають важливе практичне значення у визначенні ролі прокуратури в забезпеченні законності та аналізі її функціонування у всіх сферах господарського та культурного будівництва; формуванні громадянського суспільства, правової держави. Законність є невіддільною складовою діяльності прокуратури, і тому вивчення ролі останньої її судово-прокурорських повноважень у механізмі правового регулювання завжди має знаходитися в центрі уваги і є ціллю цієї статті.

Цивільний процесуальний кодекс України (далі за текстом – ЦПК України) та Господарський процесуальний кодекс України (далі за текстом – ГПК України) визначають прокурора як самостійного суб'єкта процесуальних правовідносин у суді (ст.13,121,122 ЦПК України, ст.2, 29 ГПК України) і включають його до складу осіб, які беруть участь у справі. Правило ч.3 ст.104 ГПК України, за яким особа в інтересах котрої розпочато розгляд справи, може взяти участь у процесі як позивач поряд із особою, що подала заяву, дало підстави визначати прокурора в теорії процесу позивачем, стороною в процесуальному розумінні. Його розглядали також як представника особливого роду або представника держави. Однак прокурор відрізняється від інших учасників як цивільного, так і господарського процесу, і незалежно від форми його участі в процесі завжди займає самостійне положення [1]. Так, процесуальна правосуб'єктність прокурора від сторони по справі відрізняється тим, що в процесі він захищає інтереси сторони по справі і його інтерес до процесу має службовий, а не особистий характер. Прокурор – не сторона по справі і в процесуальному розумінні, оскільки нашому праву невідомий поділ суб'єкта процесуальних правовідносин на дві частини – матеріальну і процесуальну [2].

Не є прокурор і представником сторони, навіть особливого роду. Так, представництво прокурора основане на Конституції України на відміну від інших видів представництва. Він не є і представником держави. Він – службова особа державного органу – прокуратури, який без спеціальних доручень виконує покладені на органи прокуратури завдання і функції. Тому визначення прокурора як представника в процесі є невдалим. Назва суб'єкта процесуальних правовідносин повинна відображати суть його участі в процесі, завдання і процесуальні функції, які він виконує. Цим вимогам відповідає назва розглядуваного суб'єкта – прокурор.

Відповідно до ст.121 Конституції України прокуратура забезпечує представництво інтересів громадянина або держави в судах, що згідно з ч.1 ст.36-1 Закону України „Про прокуратуру” полягає в здійсненні прокурором від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист державних інтересів, прав та свобод громадянина у випадках, визначених законом, де принципово важливим є розкриття змісту понять „інтереси громадянина” та „інтереси держави”.

Як зазначив Т. Дунас, прокуратура захищає в суді лише ті інтереси громадян, які мають правовий характер [3]. Тобто, інтерес громадянина має перебувати в полі правого регулювання, бути законним інтересом. Крім того, говорячи про інтереси громадян як предмет прокурорсько-судового представництва, потрібно розширено розуміти поняття „громадянин”, включаючи сюди не лише громадян України, але і іноземних громадян, осіб без громадянства.

Відповідно до ч.2 ст.36-1 Закону України „Про прокуратуру” підставою представництва інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний чи матеріальний стан або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права, або реалізувати процесуальні повноваження. Безперечно, що такі поняття, як „неспроможність” або „інші поважні причини” мають оціночний характер. Хоча з цього приводу висловлюються найрізноманітніші погляди. Так, у деяких проектах нової редакції Закону України „Про прокуратуру” робилися спроби обмежити коло громадян, інтереси яких може представляти прокурор, лише недієздатними, інвалідами та ін. Крім того в контексті сказаного цікавим є зміст ч.3 ст.122 ЦПК України згідно якої, якщо дієздатна особа, в інтересах якої порушено справу, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду. Хоча, по-перше, ст.229 ЦПК України такої підстави залишення заяви без розгляду не передбачає; а по-друге, як бути, наприклад, з тими самими інвалідами про яких згадувалося вище, які внаслідок своїх фізичних та інших вад не здатні самостійно захищати свої інтереси, хоча є дієздатними і т.д.

Звісно, не можна підміняти самих зацікавлених осіб. Відповідно до принципу диспозитивності вони самі мусять піклуватися про захист своїх прав і охоронюваних законом інтересів [4]. З другого боку, не варто штучно звужувати перелік підстав представництва і тим самим звужувати правозахисний потенціал прокуратури. Необхідно передбачити можливість використання прокурором представницьких повноважень у всіх випадках, коли порушення законів посягають на конституційні, тобто найважливіші людські права [5].

Це правило стосується і прокурорсько-судового представництва інтересів громадянина в господарському процесі. Хоча, згідно зі ст.2 ГПК України, закріплене Конституцією України право органів прокуратури звертатися до суду на захист інтересів громадянина не передбачене. Вказаний недолік частково усунуто ст.29 ГПК України в новій редакції. Частково, тому що з урахуванням змісту ст.ст.2 та 29 ГПК України прокурор фактично може захищати інтереси громадянина лише шляхом вступу до вже порушеної справи і тільки в тих випадках, якщо громадянин є суб'єктом підприємницької діяльності або кредитором у справах про банкрутство. Сам громадянин як такий учасником господарського процесу бути не може, навіть якщо спір господарсько-правового змісту.

Що ж до „інтересів держави”, то, відповідно до рішення Конституційного суду України № 3- рп/99 від 8 квітня 1999 року, під ними слід розуміти її інтереси в здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо. Тобто не слід ототожнювати інтереси держави з інтересами державних підприємств. Фактично, з урахуванням вище вказаного рішення Конституційного Суду України органи прокуратури можуть звертатися з позовними заявами не тільки в інтересах державних підприємств і господарських товариств із часткою державної власності в статутному фонді, але і в інтересах приватних підприємств, товариств, у діяльності яких вбачаються державні інтереси невизначеного кола осіб. Отже усунення порушень державних інтересів з ініціативи прокурора за рішенням Конституційного суду в ряді випадків тягне за собою водночас і усунення порушень прав конкретних юридичних осіб [6].

Щодо підстав представництва „інтересів держави”, то відповідно до ст.36-1 Закону України “Про прокуратуру” ними є наявність порушень або загрози порушень економічних, політичних та інших державних інтересів внаслідок протиправних дій (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб, що вчиняються у відносинах між ними або з державою.

Приводами представництва прокурором інтересів громадянина або держави в судах є, як правило, звернення громадян, компетентних органів, інших осіб, а також особисте виявлення порушень закону в ході проведення прокурорських перевірок.

Уся діяльність прокурора в цивільному (господарському) процесі незалежно від стадії судочинства відбувається в процесуальних формах:

- порушення цивільного (господарського) процесу – звернення до суду із заявою на захист прав і законних інтересів громадян та державних інтересів (ст.121 ЦПК України, ст.2 ГПК України); апеляційне оскарження рішення суду (ст.290 ЦПК України, ст.91 ГПК України); касаційне оскарження рішення суду (ст.320 ЦПК України, ст.107 ГПК України); перегляд рішень, ухвал суду, які вступили в законну силу, у зв'язку з виключними або нововиявленими обставинами (ст.347-3 ЦПК України); перегляд судових рішень Вищого господарського суду України Верховним судом України (ст.111-14 ГПК України);
- вступ у вже порушену справу (ст.121 ЦПК України, ст.29 ГПК України).

Порушення прокурором справи в цивільному (господарському) процесі в суді першої інстанції викликається необхідністю захисту інтересів громадянина та інтересів держави. Але ні ст.ст.1, 2 ГПК

України, ні ст.121 ЦПК України не визначає характер таких обставин, а надає прокуророві право самостійно встановити їх у кожному конкретному випадку в будь-якій справі, підвідомчій цивільному (господарському) судочинству. А це свідчить про те, що перша процесуальна форма – порушення прокурором процесу по справі – характеризується факультативністю. Винятком із цього правила є ст.33 Закону України „Про прокуратуру”, яка має імперативний характер і встановлює, що з метою захисту інтересів держави, а також громадян, які за станом здоров'я та інших поважних причин не можуть захистити свої права, прокурор або його заступник подає чи підтримує поданий потерпілим цивільний позов про відшкодування збитків, заподіяних злочином.

Що стосується вступу прокурора у вже порушену справу, то відповідно до чинного процесуального законодавства України, він можливий як за власною ініціативою, так і на вимогу закону або суду. Вступ прокурора за власною ініціативою має факультативний характер, тоді як вступ за вимогою закону або суду є обов'язковим. Отже, за характером волевиявлення прокурора на участь у цивільному (господарському) процесі по справі (способом вступу в процес) визначаються такі види участі: факультативна (не обов'язкова) й імперативна (обов'язкова). Обов'язкова, наприклад, передбачена ст.ст.121, 143 ЦПК України, коли суд (суддя) визнає участь прокурора по конкретній справі необхідною; або згідно зі ст.33 Закону України „Про прокуратуру” і т.д.

Однак якщо стосовно здійснення представництва в таких формах, як звернення до суду з позовами або заявами та внесення апеляційного, касаційного подання на судові рішення, досить чітко регламентовано, то вступ прокурора до розгляду судами справ, порушених за позовом інших осіб, на будь-якій стадії розгляду потребує додаткового правового забезпечення [7]. І перш за все це стосується ЦПК України. Так, при буквальному трактуванні змісту статті 121 ЦПК України, прокурор не може, наприклад, звернутися з позовною заявою у вже порушену справу з метою захисту інтересів третьої особи, і т.д. Крім того, внаслідок неналежного інформаційного забезпечення органів прокуратури з питань наявності в судах відповідних звернень громадян та юридичних осіб, прокурор не завжди може своєчасно зорієнтуватися в питанні щодо необхідності представництва інтересів тих чи інших осіб у суді [8].

Прокурорсько-судове представництво, як вже зазначалося вище, передбачає також і право апеляційного та касаційного оскарження. Однак можливості прокурора в реалізації цього права в господарському та цивільному процесі різняться. Так, ст.290 ЦПК України обмежує можливість внесення апеляційного подання прокурора на рішення суду необхідністю його участі у справі по першій інстанції. Це правило має бути закріплене і в ГПК України.

Відкритим залишається питання участі прокурора у виконавчому провадженні. Так, наприклад, у деяких випадках зміст ст.348 ЦПК України трактується буквально, що є помилковим, не мотивованим і не відповідає нормам Закону України „Про виконавче провадження”. Хоча Закон, відповідно до п.2 ст.18, дійсно обмежує можливість звернення прокурора, а відповідно і отримання ним виконавчого документа, обов'язковістю його участі в процесі при представництві інтересів громадянина або держави.

Із вищесказаного зробимо висновки. Питання відносно визначення процесуальної правосуб'єктності прокурора та реалізації його представницьких повноважень залишаються і будуть залишатися дискусійними навіть після набрання чинності новим ЦПК України. Хоча їх позитивне вирішення має важливе практичне значення в реалізації принципу законності, коли правопорушення своєчасно вскриваються та припиняються. Формування громадянського суспільства, правової держави в нашій країні потребує якісно нового рівня законності та провпорядку, де прокуратурі відводиться одне з найважливіших місць в їх забезпеченні.

Слід, однак, віддати належне новому ЦПК України: він більшість вище вказаних проблемних питань вирішує позитивно. Так, наприклад, ст.45 нового ЦПК України дає більш розширений перелік осіб, інтереси яких може представляти прокурор шляхом їх визначення як „інші особи”, а також включаючи до прокурорсько-представницьких повноважень державні і суспільні інтереси.

Позитивно вирішене в новому ЦПК України також питання щодо можливості вступу прокурора у вже порушену справу в інших формах, окрім подання висновків, наприклад, подачі позову з метою захисту інтересів третіх осіб. Так, ст.121 ЦПК України, обмежувала прокурора в реалізації цього права.

Зокрема така форма участі прокурора, як вступ у вже порушену справу з метою подання висновків, відсутня в новому ЦПК України. Крім того, новий ЦПК України розділив прокурора і органи державної влади, органи місцевого самоврядування як учасників цивільного процесу.

На користь прокуратури прийнято також норми нового ЦПК України, згідно з якими прокуророві надано право звертатися з оскарженням рішення суду до апеляційного чи касаційного суду, або за переглядом рішення у зв'язку з винятковими або нововиявленими обставинами, навіть якщо він не брав участі в розгляді справи по першій інстанції. Із цією метою прокуророві ст.46 нового ЦПК України надане право знайомитися з матеріалами справи в суді.

Щодо питання залишення судом заяви без розгляду, якщо дієздатна особа, в інтересах якої подано позов, не підтримує його, то воно залишається відкритим і потребує внесення відповідних змін у вже новий ЦПК України, наприклад, шляхом наступного визначення норми п.3 ст.46 нового ЦПК України: „якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, за відсутності підстав її неспроможності через фізичний чи матеріальний стан або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду”.

Позитивних змін потребує також і ГПК України. Так, на наш погляд, необхідно змінити зміст ст.2 ГПК України, та викласти п.3 наступним чином: „прокурорів і їх заступників, які звертаються до господарського суду в інтересах інших осіб, державних та суспільних інтересів”, та внести відповідні зміни до ч.3 цієї статті, а також до ст.29 ГПК України. Крім того, необхідно розширити коло осіб, які можуть звертатися до господарського суду за захистом своїх порушених або оспорюваних прав, і тим самим розширити коло осіб, інтереси яких може представляти прокурор. Це буде сприяти реальному усуненню порушень законності в економічній сфері, захисту суспільних та державних інтересів, які включають і права та законні інтереси організацій та громадян-підприємців. Так, ще Н.А. Абрамов зазначив, що не можна йти проти цієї формули в умовах побудови демократичної, правової держави та громадського суспільства [9].

ЛІТЕРАТУРА

1. Васильев С.В. Хозяйственный процесс: Учебное пособие. – Эспада, 2003. – С. 54.
2. Цивільне процесуальне право України: Підручник / Під ред. М.Й. Штефана, О.Г. Діжчини. – К., 1994. – С. 68, 69.
3. Дунас Т. Проблемні питання реалізації представницької функції прокуратури України // Право України. – 2003. – №8. – С. 97.
4. Советский гражданский процесс: Учебник / Под ред. К.И. Комиссарова, В.М. Семенова. – М., 1988. – С. 104.
5. Косюта М.В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства: Монографія. – Одеса: Юрид. літ-ра, 2002. – С. 90-97.
6. Валух В. Інтереси держави як предмет представництва прокурором у суді // Право України. – 2001. – №2. – С. 30-33.
7. Харін О. Концептуальне бачення форм реалізації представницької функції прокуратури в суді // Вісник прокуратури. – 2001. – №3. – С. 60-62.
8. Михайленко О.М. Представництво прокуратурою законних інтересів громадян у суді // Вісник прокуратури. – 2000. – № 3. – С. 99.
9. Абрамов Н.А. Хозяйственное процессуальное право Украины: Учебное пособие (курс лекций). Издание второе. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 78.

РОЗДІЛ IV. ТРУДОВЕ ПРАВО.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН.

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 349.412

ОБ'ЄКТИ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Бондар О.Г., к.ю.н, ст.викладач

Запорізький національний університет

У статті розглядаються питання формування об'єктного складу права власності на землю Української держави. Досліджуються підстави виникнення цього права на різних етапах новітньої земельної реформи в Україні. Обґрунтовується необхідність вдосконалення законодавства, що регулює правовідносини державної власності на землю.

Ключові слова: держава, земельна ділянка, земля, об'єкт права власності, набуття права власності, право державної власності на землю.

Бондар А.Г. ОБЪЕКТЫ ПРАВА ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ НА ЗЕМЛЮ: АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / Запорожский национальный университет, Украина

В статье рассматриваются вопросы формирования объектного состава права собственности на землю Украинского государства. Исследуются основания возникновения этого права на различных этапах новейшей земельной реформы в Украине. Обосновывается необходимость усовершенствования законодательства, регулирующего правоотношения государственной собственности на землю.

Ключевые слова: государство, земельный участок, земля, объект права собственности, приобретение права собственности, право государственной собственности на землю.

Bondar A.H. THE OBJECTS OF THE STATE PROPERTY RIGHT ON LAND: ACTUAL PROBLEMS / Zaporizhzhya National University, Ukraine

Some questions of formation of objective structure of the Ukrainian state property right on land are regarded in the article; the bases of occurrence of this right at various stages of the newest land reform in Ukraine are researched. The necessity of improvement of the legislation regulating relations of the state property right on land is stressed.

Key words: the state, the ground area, the land, the object of the property right, purchase of the property, state property right on land.

Право власності на землю для українського суспільства у всі часи було і залишається одним із найбільш гострих та суперечливих питань його розвитку. Особливої ваги цей інститут набуває у світлі розбудови незалежної Української держави. Із 1992 р. на теренах України земля перестала бути об'єктом права виключної державної власності. Подальші земельні перетворення призвели до кардинального роздержавлення земель. Станом на вересень 2005 р. у державній власності залишилось 49,3 відсотка земель України [1]. За таких обставин виключної ваги та значущості набуває питання виваженого з екологічної, господарської та соціальної точок зору розподілу земель між Українською державою та іншими землевласниками, передбаченими вітчизняним законодавством.

Питанням юридичного закріплення та реалізації права державної власності на землю присвячено значну увагу у вітчизняній земельно-правовій науці та цивілістиці. Окремі аспекти вказаної проблематики досліджувались у наукових працях В.І. Андрейцева, П.Ф. Кулинич, В.В. Носіка, С.І. Пересунька, В.І. Семчика, М.В. Шульги та ін. Разом із тим, це ніякою мірою не позбавляє актуальності подальші теоретичні розвідки в окресленій сфері.

Метою цієї статті є дослідження окремих питань формування об'єктного складу права власності на землю Української держави.

Згідно з ч.1 ст.84 Земельного кодексу України (далі – ЗК) у державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності. Однак чи відповідає вказана презумпція перебування земель у державній власності, крім земель комунальної та приватної власності, вимогам

Юридичні науки

законодавства, а також формальної логіки та правотворчої техніки? На наш погляд, не повною мірою, і це твердження можна аргументувати наступним.

Загальновідомо, що право власності на землю – це інститут земельного права, норми якого регулюють суспільні відносини належності землі визначеним законом видам суб'єктів цього права. Відповідно до ч.2 ст.78 ЗК право власності на землю набувається та реалізується на підставі Конституції України, ЗК, а також інших законів, що видаються відповідно до них. У цьому контексті проголошена в ч.1 ст.84 ЗК презумпція перебування земель у державній власності не дає відповіді на питання про момент виникнення цього права власності, співвідношення права власності на землю Українського народу і держави, а сам об'єкт права власності як результат відрахування із земельного фонду України земель комунальної та приватної власності не можна формально-юридично розглядати як об'єкт права власності держави, оскільки це суперечило б змісту права власності на землю та визначенню земельної ділянки як єдиної за ЗК юридичної категорії, що є об'єктом права власності.

Із цього приводу І.І. Каракаш зазначає, що визначення правового титулу належності земельної ділянки конкретній особі та закріплення прав останньої щодо неї виступають як критерії виокремлення земельної ділянки [2]. В.І. Семчик також підкреслює, що об'єктом відносин власності виступає не земля в абстрактному її розумінні, а частина земельної території країни, що перебуває у власності держави, а також земельна ділянка чи її частина, яка може бути відмежована від інших земельних ділянок [3].

Питання набуття державою Україна права власності на землю, як правило, сприймається через призму проголошення парламентом незалежності України в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. Так, в юридичній літературі зазначається, що первісно державна власність України була утворена шляхом розщеплення (розподілу) єдиної державної власності Союзу РСР і союзних республік відповідно до Декларації про державний суверенітет України та прийнятих на виконання її положень законодавчих актів [4]. Проте такий висновок формально не збігається зі змістом розділу 6 цієї Декларації, де зазначається, що земля є власністю народу, матеріальною основою суверенітету Республіки, а не власністю держави. Крім того, на наш погляд, було б помилкою ігнорувати такий реально існуючий на час прийняття Декларації суб'єкт права земельної власності, яким був Союз РСР.

У наукових розробках звертається увага, що проблемні питання об'єктного складу в земельних правовідносинах обумовлювалися правовим вакуумом в перші роки незалежності України. Як зауважує В.І. Семчик, в Україні деякий період не було чіткого конституційного положення щодо форм права власності, у тому числі на землю, правового режиму землі і нерухомого майна.

Не викликає сумнівів твердження про те, що право власності на земельну ділянку виникає за наявності певних юридичних фактів, зазначених у законі, правочині. В Українській РСР відповідно до ст.11 Основного Закону УРСР 1978 р. всі землі були виключною власністю держави. При цьому наведений припис слід сприймати через політико-правову організацію СРСР, а саме: республіка Україна була складовою частиною держави СРСР, і її не можна ототожнювати з точки зору суб'єкта права власності на землі із суверенною державою, незважаючи на проголошений суверенітет союзної республіки у ст.76 Конституції СРСР 1977 р. Так, у ст.11 Конституції СРСР проголошувалась виключна власність держави на землю, а не союзної республіки. Із цього приводу С.І. Пересунько пише: “У ч.1 ст.21 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік, ч.2 ст.89 ЦК УРСР було записано, що “державна є єдиним власником всього державного майна”. І хоча в такій нормі прямо не зазначається, яка держава вважається єдиним власником, зрозуміло, що тут малася на увазі радянська держава, тобто Союз РСР. Таке твердження вважалося аксіомою і не могло в той час підлягати іншому тлумаченню” [5].

Проте ще в 1965 р. В.Л. Мунтян підкреслював, що Союзу РСР немає поза союзними республіками. Він існує як добровільне об'єднання союзних республік. У Союзі РСР немає території іншої, ніж у союзних республік. На питання, яким же фондом розпоряджається Союз РСР, якщо кожна союзна республіка розпоряджається земельним фондом республіки, автор пропонує шукати відповідь у розмежуванні компетенції Союзу РСР і союзних республік у галузі землекористування [6].

З часу проголошення суверенітету України до ухвалення Закону України “Про власність” від 7 лютого 1991 р. серед об'єктів державної власності земля та інші природні об'єкти не називалися. Досліджуючи цю тему, В.І. Семчик зазначає, що Закон УРСР “Про економічну самостійність Української РСР” від 3 серпня 1990 р., Закон України “Про власність” від 7 лютого 1991 р., Закон України “Про форми власності на землю” від 30 січня 1992 р. та Земельний кодекс України в редакції Закону України від 13 березня 1992 р. належить вважати юридичними фактами первісного виникнення права державної власності на землю.

Дещо іншої думки щодо правових основ визнання держави Україна суб'єктом права власності дотримується С.І. Пересунько, вказуючи, що таким правовим підґрунтям був Закон СРСР “Про власність”, прийнятий Верховною Радою СРСР 6 березня 1990 р. Зазначений автор звертає увагу, що саме в цьому законі вперше юридично була визнана державна власність союзних республік. Саме з цих підстав, вважає С.І. Пересунько, оголошення Декларацією про державний суверенітет України від 16

липня 1990 р. перерахованих в ній об'єктів власністю народу України не можна розглядати односторонньою акцією парламенту України. Більш широкий перелік об'єктів, оголошених власністю народу України, на думку автора, не порушував майнових прав народів інших республік, оскільки цей перелік не містив об'єктів, належних іншим союзним республікам. А відтак має вважатися таким, що правомірно прийнятий Україною як правонаступницею відповідної частини активів і пасивів Союзу РСР.

На нашу думку, все ж перебільшенням є твердження про правонаступництво Україною активів СРСР у 1990 р. Не можна повною мірою погодитись і з тезою С.І. Пересунька про остаточне завершення первісної державної власності в Україні за Законом України “Про власність”, оскільки на час ухвалення цього Закону діяв Основний Закон СРСР, який проголошував землю власністю держави СРСР та встановлював (ст.173), що Конституція СРСР має найвищу юридичну силу. За таких обставин можна лише допускати, що в 1991 р. деякий час існувало декілька суб'єктів права власності на землю в Україні – Союз РСР, Українська РСР, Народ України.

У науковій літературі існує й інше трактування набуття державою Україна права власності на землі – шляхом начебто проведеної націоналізації в серпні 1991 р. через ухвалення Акта незалежності України. С.В. Разметаєв зазначає, що за своєю суттю ця націоналізація була примусовим вилученням землі у федеративної держави – СРСР – та переведенням її у власність України на підставі спеціальних законодавчих прав [7]. Не заперечуючи в цілому ґрунтовність цієї тези, варто відзначити її підвищену дискусійність. По-перше, у жодному нормативному акті, ухваленому парламентом України в 1990-2005 р., націоналізація земель не проголошувалася, такий правовий інститут не передбачений законодавством України. По-друге, якщо припустити, що така націоналізація відбулася, то про яке подальше переведення землі у власність України йдеться?

Оскільки становлення державної земельної власності в Україні не опосередковувалося конфіскацією, націоналізацією тощо, тобто не відбулося припинення права державної власності на землю колишнього СРСР у вигляді ухвалення акта парламентом суверенної України, тому первісне виникнення державної земельної власності в Україні в межах її території слід пов'язувати, на нашу думку, з фактом припинення в межах кордонів України існування в серпні 1991 р. суб'єкта права власності на землю – Союзу РСР у зв'язку з проголошенням 24 серпня 1991 р. незалежності України та створенням самостійної Української держави.

Як зазначалося, більшість науковців-земельників, досліджуючи землі як об'єкт правовідносин, наголошують, що цей об'єкт слід сприймати у двох ракурсах – як об'єкт правової охорони та як об'єкт права державного суверенітету. При цьому влада суверена у сфері комплексних правовідносин, які включають і земельні відносини, поширюється на всі землі без винятку та без урахування форм власності на землю. Інакше кажучи, власність держави на землю висвітлювалася як економічна, екологічна та інша категорія, але не з точки зору права власності. Однак вбачається, що багатofункціональність держави в галузі земельних відносин безпосередньо не впливає на її статус як одного із суб'єктів права власності на землю в Україні, хоча, звичайно, роль держави є визначальною у встановленні “правил гри” на ринку земель, правового режиму земельної власності тощо.

На нашу думку, статус суб'єкта права власності на землі в цивілістичному аспекті Українська держава набула з моменту проголошення її незалежності. Другий етап розпочався з моменту визнання множини суб'єктів права власності на земельні ділянки на рівні спеціальних законів та закінчився з прийняттям Конституції України, тобто з часу, коли Основний Закон закріпив плюралізм суб'єктів права власності на землі в Україні. У ст.14 Конституції України зазначено, що право власності на землю в Україні набувається державою відповідно до закону. Проте в ст.84 ЗК стверджується, що в державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності. Виникає питання: чи закладено в ст.84 ЗК інший, ніж у Конституції, принцип набуття державою права власності на землі?

Стосовно викладеного в земельно-правовій літературі висловлені різні міркування. Так, І.І. Каракаш вважає, що відокремлення земельних площ державної власності не за ознаками визначення місць розташування конкретних ділянок і встановлення їх меж на земній поверхні, а межами державного кордону забезпечує їх зовнішнє розмежування від земель сусідніх держав і внутрішнє розмежування від земель комунальної і приватної власності. Однак, на наш погляд, державний кордон не може забезпечити внутрішнє розмежування земель в Україні. Державний кордон – це атрибут суверенітету, ознака цілісності держави як суверена, і в цьому контексті ця політико-правова категорія позбавлена цивілістичних ознак щодо суб'єктів земельних відносин в Україні. Друга теза зазначеного автора про правомірність конструкції ч.1 ст.84 ЗК, у якій проголошується факт перебування землі в державній власності, зводиться до того, що в межах держави не можуть залишатись земельні об'єкти, що не перебувають у власності. Однак при цьому виникає питання: чому саме такий підхід стосується лише держави та виключає територіальні громади?

Цивільне законодавство також не дає прямої відповіді на питання про об'єкти державної власності на землю. У цивільно-правовій літературі вказується: “У новому ЦК України не міститься будь-якого

переліку державного майна, а в статті 326 зазначається, що в державній власності є майно... Така надмірна лаконічність сформульованого положення аж ніяк не може характеризувати його з позитивної сторони, адже воно фактично не має ніякого юридичного змісту, незважаючи на притаманність праву державної власності особливого кола її об'єктів" [8].

Вищевикладене дає підстави для висновку, що первинне виникнення державної власності на землю носило нецивільістичний характер та пов'язано із політико-правовими особливостями формування держави. Проте з моменту скасування монополії права власності на землю, держава в особі її органів не позбавлена права набувати земельні ділянки у спосіб, який встановлений законом. Вбачається, що правила розділу IV ЗК безпосередньо стосуються держави як одного із суб'єктів права власності на землі в Україні. Зокрема, у ст.117 ЗК регламентується передача земельних ділянок державної власності в комунальну власність та земельних ділянок комунальної власності у державну власність. Правила виникнення права власності та права користування земельною ділянкою, встановлені в ст.125 ЗК, поширюються, на нашу думку, і на державу, оскільки інше не зазначено в цій статті. Зазначений підхід не суперечить логіці, оскільки, визнавши право комунальної і приватної власності на землю, допустимо розглядати в земельних відносинах об'єкт права державної власності не через нормативно невизначені в ЗК категорії "земля", "землі" (ст.84 ЗК), а залучаючи зрозуміле з точки зору нормативного регулювання поняття "земельна ділянка" (ст.79 ЗК). На користь такого розуміння проблеми свідчить і відсутність застережень у наведеній статті щодо суб'єктного складу, а також відсутність обмежень щодо розміру земельної ділянки.

Не можна заперечувати, що поняття "земля", "землі" вживаються в ЗК як об'єкт земельних правовідносин, зокрема, у сфері визначення складу земель України (ст.18 ЗК), категорій земель (ст.19 ЗК) тощо. Незважаючи на незаперечність факту нецивільістичного виникнення права державної власності на землі в Україні, все ж виникає питання: чи допустимо з точки зору інституту права власності на землі обмежитись проголошенням цього права, як це робиться у ст.84 ЗК, без виділення конкретних земельних ділянок і визначення прав на них? Вбачається, що коли мова йде про право власності на землі в умовах скасування державної монополії на них, без визначення правового титулу належності цієї землі державі та без визначення її меж, зазначене право перетворюється у фікцію. Наприклад, органи державної влади на сьогодні формально позбавлені можливості в юрисдикційній формі захищати право власності на землю держави, оскільки проблема посвідчення в державі такого права власності залишається нерозв'язаною. На думку О. Сасенко, на сьогодні право державної власності на землі не визначене, оскільки на відповідні землі немає правостановлюючих документів – державних актів [9].

Розвиваючи цю думку, на наш погляд, можна констатувати невідповідність інтересам суспільства та наявних суб'єктів права власності на землі існуючого в земельному законодавстві визначення (засвідчення) права власності на землю держави за принципом, викладеним у ч.1 ст.84 ЗК. Крім того, на підставі аналізу норм майже одночасно оприлюднених у 2004 р. Закону України від 5 лютого 2004 р. "Про розмежування земель державної та комунальної власності" [10] та Закону України від 1 липня 2004 р. "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" [11] можна говорити про суттєву безсистемність реформування земельного законодавства в цьому напрямі.

Так, відповідно до першого закону право власності на землю посвідчується лише щодо земель комунальної власності відповідним актом. Фіксування права державної власності на землі обмежується встановленням на місцевості меж земель державної і комунальної власності. Проте ст.4 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" встановлює обов'язкову державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно, що є в державі, у тому числі права власності на нерухоме майно. У свою чергу, ст.19 цього закону визначає перелік документів для державної реєстрації прав на нерухоме майно, як-от: державний акт про право власності на земельну ділянку, цивільно-правові договори тощо, а також інші акти органів державної влади, їх посадових осіб, прийнятих у межах повноважень, визначених законом. На сьогодні органи державної влади або їх посадові особи не мають права прийняти акт про належність конкретних земельних ділянок державі, отже, є всі формальні підстави відмовляти в державній реєстрації права власності держави на нерухоме майно.

Таким чином, підводячи підсумки, можна зробити висновок, що констатація в ЗК факту перебування в державній власності усіх земель України, крім земель комунальної та приватної власності, через призму конституційного правила, що всі суб'єкти права власності рівні перед законом, не відповідає припису Основного Закону України про набуття державою права власності на землю виключно відповідно до закону.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про схвалення Рекомендацій парламентських слухань "Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні": Постанова Верховної Ради України від 22.09.2005 р. № 2897-IV // Голос України. – 2005. – № 187. – С. 8.

2. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / Кол. авт.: Л.О. Бондар, А.П. Гетьман, В.Г. Гончаренко та ін.; За заг. ред. В.В. Медведчука. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 213.
3. Земельне право. Академічний курс: Підручник / За ред. В.І. Семчика і П.Ф. Кулиничка. – К.: Ін Юре, 2001. – С. 126.
4. Право власності в Україні: Навчальний посібник / За заг. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 247.
5. Пересунько С.І. Право державної власності в Україні (історія, сучасність, перспективи). – Кіровоград: Єлисавет, 1998. – С. 74.
6. Мунтян В.Л. Правова охорона ґрунтів Української РСР. – К.: Наукова думка, 1965. – С. 31.
7. Земельный кодекс Украины: Комментарий. – Изд. 2-е, доп. / Под ред. Гетьмана А.П. и Шульги М.В. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 221.
8. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За заг. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – С. 384.
9. Саєнко О. Реалізація права власності на землю: окремі проблеми нотаріату // Право України. – 2003. – № 5. – С. 95-96.
10. Про розмежування земель державної та комунальної власності: Закон України від 5 лютого 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 35. – Ст. 411.
11. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень: Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

УДК 349.412.24 (477)

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ВЛАСНИКА ВІД ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ В УКРАЇНІ

Ластівка В.М., ст.викладач

Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова

У статті проводиться розмежування термінів “відчуження” і “відмова від права власності”, встановлюється, що в Україні законодавчо усувається поширення на земельні ділянки правового режиму безхазяйної речі. Проаналізовано правову природу угоди про передачу права власності на земельну ділянку, яка укладається в порядку здійснення добровільної відмови, і зроблено висновок, що це специфічна земельно-правова угода, яка не може бути визнана правочином. Встановлюється, що передбачений законодавством порядок здійснення добровільної відмови власника від права на земельну ділянку потребує змін. Сформульовано текст змін, які пропонується внести.

Ключові слова: припинення права власності на земельну ділянку, добровільна відмова власника від права на земельну ділянку, відмова від права власності, відчуження, безхазяйна річ, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно, державна реєстрація правочинів, земельно-правова угода, адміністративний договір.

Ластивка В.Н. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ДОБРОВОЛЬНОГО ОТКАЗА СОБСТВЕННОСТИ ОТ ПРАВА НА ЗЕМЕЛЬНЫЙ УЧАСТОК В УКРАИНЕ / Одесский национальный университет им. И.И. Мечникова, Украина

В статье разграничиваются понятия “отчуждение” и “отказ от права собственности”, устанавливается, что в Украине законодательно устраняется распространение на земельные участки правового режима бесхозной вещи. Проанализирована правовая природа соглашения о передаче права собственности на земельный участок, заключаемого в порядке осуществления добровольного отказа, и сделан вывод, что это специфическое земельно-правовое соглашение, которое не может быть признано сделкой. Устанавливается, что предусмотренный законодательством порядок осуществления добровольного отказа собственника от права на земельный участок требует изменений. Сформулирован текст изменений, которые предлагается внести.

Ключевые слова: прекращение права собственности на земельный участок, добровольный отказ собственника от права на земельный участок, отказ от права собственности, отчуждение, бесхозная вещь, государственная регистрация вещных прав на недвижимое имущество, государственная регистрация сделок, земельно-правовая сделка, административный договор.

Lastivka V.M. THE LEGAL REGULATION OF RELATIONS CONCERNING THE VOLUNTARY REFUSAL OF THE PROPRIETOR FROM THE RIGHT ON THE LAND ALLOT IN UKRAINE / Odesa National University named after I.I. Mechnikov, Ukraine

The concepts of "alienation" and "disclaimer the property" are differentiated in the article; the author claims that the legal regime of the ownerless thing concerning the land allots is legislatively eliminated in Ukraine. The legal essence of the agreement on transfer of the property right on the land allot, that is concluded due to voluntary refusal is researched; it is summed up, that this is the specific legal agreement which is not the same as the transaction. It is proved, that the procedure of voluntary refusal of the proprietor from the right on the ground area, stipulated by the legislation, demands changes. The text of changes which it is offered to bring is formulated.

Key words: termination of the property right to the land allot, voluntary refusal of the proprietor of the right on the land allot, disclaimer the property, alienation, an ownerless thing, state registration of the property rights to real estate, state registration of transactions, the legal agreement concerning land, administrative contract.

Характерною особливістю сучасних земельних відносин в Україні є те, що більшу їх частину складають зумовлені процесом приватизації відносини набуття права приватної власності на земельні ділянки. Відносини ж припинення суб'єктивних прав на землю не характеризуються такою інтенсивністю. Разом із тим не можна не визнати, що правова регламентація порядку припинення суб'єктивного права власності на земельну ділянку має значення гарантії такого права і, крім того, одночасно сприяє реалізації принципу раціонального використання і охорони земель та пріоритету вимог екологічної безпеки. Тому, коли процес інтенсивного збільшення кількості власників перейде в більш помірний процес їх зміни за об'єктивною необхідністю чи власним бажанням, особливого значення набувають норми, що регулюють порядок переходу і припинення суб'єктивних прав на землю. Щоправда, вже сьогодні досить широко застосовуються норми, якими регулюється порядок відчуження земельних ділянок. Однак реальний ринок земель ще попереду, і законодавство з цих питань – все ще в стадії становлення. На особливі ж ситуації розраховані норми інституту добровільної відмови власника від права на земельну ділянку. Попри суб'єктивні причини не частого до нього звертання власниками, все ж таки, якщо побажає хтось зректися свого права власності на земельну ділянку, чи не чекають на такого суб'єкта (та й на органи влади) перешкоди, що змусять звернутись до інших шляхів припинення права чи призведуть до занедбання земельної ділянки?

Отже, відчуження земельної ділянки за рішенням власника і добровільна відмова від права власності на земельну ділянку – це дві самостійні підстави припинення права власності. З аналізу норм Глави 22 Земельного кодексу України від 25.10.2001 р., це – підстави добровільного припинення права власності на земельну ділянку (п. а), в) ст.140), які передбачені поряд із підставами примусового його припинення.

Новий Земельний кодекс, разом із закріпленням нової системи форм власності на землю, містить і ряд змін (порівняно з попереднім ЗК від 18.12.1990 р. у редакції від 13.03.1992 р. із наступними змінами і доповненнями), що стосуються як добровільного, так і примусового порядку припинення права власності на землю. У новому Цивільному кодексі України від 16.01.2003 р. як новела в українському цивільному законодавстві передбачений інститут відмови від права власності (ст.347 в Главі 25 "Припинення права власності"). Тому викликає інтерес дослідження правового регулювання добровільної відмови власника від права на земельну ділянку.

Питання добровільної відмови власника від права на земельну ділянку в юридичній літературі висвітлюється мимохідь, у комплексі питань про припинення права власності, про угоди з земельними ділянками: це підручники з земельного права, науково-практичний коментар Земельного кодексу за редакцією В.І. Семчика, праці В.І. Андрейцева, О.О. Погрібного, Н.І. Титової, М.В. Шульги та інших авторів.

Метою даної статті є з'ясування правової природи інституту добровільної відмови власника від права на земельну ділянку, розмежування його з інститутом відчуження, аналіз змін і стану земельного законодавства щодо регулювання порядку здійснення добровільної відмови, визначення його дієвості і ефективності. Дослідження вимагає застосування компаративного і системно-аналітичного методу.

Перш ніж аналізувати правову природу добровільної відмови власника від права на земельну ділянку, необхідно встановити поняття і правову природу відмови від права власності взагалі. Для цього доцільним є звернення до думки одного з класиків юридичної науки – в даному випадку – Д.І. Мейера [1].

Так, встановлюючи систему способів припинення права власності, Д.І. Мейер розрізняє поняття "відмова" ("отречение" – мовою оригіналу) і "відчуження". Але і те і інше, відмічає, здійснюється дією його суб'єкта, саме спрямованою на те, щоб покласти кінець праву.

При відмові не можна сказати, що суб'єкт, позбувшись свого права, може дати йому певний напрямок, "навішати" на будь-якого суб'єкта: зрікаючись права, суб'єкт позбавляє його долі і воно вже саме здобуває собі суб'єкта, якому належатиме [1, 314].

“При відчуженні ж виступають дві сторони: а) набуття права для однієї особи і б) припинення для іншої. При відчуженні припинення права тісно пов’язане з набуттям його іншою особою. Так, якщо немає набуття, то немає і відчуження, немає і припинення.

Можна, напевне, сказати, що і у відчуженні права представлена відмова від нього, однак така відмова умовна, відмова з передачею права іншій особі; якщо ця умова не настає, то не припиняється право для відчужувача, оскільки даній відмові не притаманна така умова” [1, 314-315].

Тому відчуження відноситься до способів припинення права власності, які залежать від придбання речі у власність іншою особою. За такої умови право власності припиняється всіма тими способами, якими і набувається. Виключення складає випадок, коли набувається право власності на річ, яка до того часу існувала не самостійно, а тільки як частина іншої речі (вчений наводить приклад, коли господар тварини набуває права власності на приплід. У цьому випадку набуттю права не кореспондує припинення його у іншої особи. Стосовно ж землі таким прикладом може бути, зокрема, проростання диких рослин на земельній ділянці).

Відмова, таким чином, визнається Д.І. Мейером самостійним способом припинення права власності, що належить до тієї групи способів, які не залежать від набуття речі у власність іншою особою. До цієї групи Д.І. Мейер також відносить знищення речі, а також примусове відібрання велінням державної влади (конфіскація та експропріація), за якого найперше значення має не набуття майна державою, а втрата його приватною особою.

Важливо, що Д.І. Мейер обґрунтовує також те, що відмова є самостійним способом припинення права власності і в умовах “...юридичного побуту, у якому немає речей безхазяйних, а кожна річ, яка нікому окремо не належить, належить державі... Громадянин, який відмовляється від права власності на річ, знаючи про це, знає і наслідки відмови. Але не заради цих наслідків особа відмовляється від права власності, а для того тільки, щоб припинити право...Тому віднесення відмови до числа самостійних способів припинення права власності не є сліпим копіюванням римського права, яке допускало існування речей безхазяйних, і тому, якщо припинялось у результаті відмови одне право власності на річ, то безпосередньо після цього не виникало інше, а це нове право власності виникало вже в результаті заволодіння (occupatio)” [1, 429].

Аналіз діючого законодавства України показує, що український “юридичний побут”, із точки зору наявності в ньому безхазяйних речей, розділений: для одних речей допускається режим безхазяйної речі, а для інших об’єктів права власності – законодавчо усувається.

Прикладом останніх є земельні ділянки: ч.1 ст.84 ЗК встановлює, що в державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності. Якщо розглядати це положення в сукупності з положеннями про поняття (ст.193 ЗК), призначення та порядок ведення Державного земельного кадастру, можна дійти висновку, якщо в державному реєстрі земель (ст.202 ЗК) немає запису про те, що якась певна частина земної поверхні на території України належить на праві власності фізичній, юридичній особі, територіальній громаді на підставі державного акта, то вона відноситься до земель державної власності.

Але слід відзначити, що це правило діє відносно тих земель, які за останні 70 років нікому іншому, крім держави, не належали. Відносно ж випадків переходу земель із приватного чи комунального фонду до державного діючим законодавством передбачається внесення запису про реєстрацію виникнення права власності держави на зазначену земельну ділянку.

Однією з підстав такого переходу слід визнати добровільну відмову власника від права на земельну ділянку.

У попередньому Земельному кодексі України це прямо не зазначалось: у ст.28 “Припинення права колективної і приватної власності на землю” серед підстав припинення названо добровільну відмову від земельної ділянки, відчуження, викуп та інші підстави. Порядок припинення права власності на земельну ділянку було передбачено в ст.29 цього Кодексу, частина 1 якої встановлювала: “Припинення права власності на земельну ділянку у випадку добровільної відмови власника здійснюється за його заявою на підставі рішення відповідної Ради народних депутатів”.

Новий Земельний кодекс України встановлює інший порядок: відповідно до ст.142, припинення права власності на земельну ділянку в разі добровільної відмови власника землі на користь держави або територіальної громади здійснюється за його заявою до відповідного органу. Ч.2 цієї статті встановлює, що органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування в разі згоди на одержання права власності на земельну ділянку укладають угоду про передачу права власності на земельну ділянку. Угода про передачу права власності на земельну ділянку підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Отже, ч.1 ст.142 одразу вказує, що за здійснення добровільної відмови власника можливий перехід права на земельну ділянку безпосередньо не лише до держави, а й до територіальної громади, і, треба розуміти, – за вибором власника, що є дещо нехарактерним для правової природи відмови від права, але не містить нічого незаконного (надання можливості вибору) і явно вказує на мету усунути режим безхазяйної речі земельної ділянки.

Для порівняння: інший підхід до регулювання порядку відмови від права на земельну ділянку передбачено Земельним кодексом РФ від 25.10.2001 р. Для здійснення відмови власник повинен подати відповідну заяву, і з цього моменту на цю нерухомість поширюється правовий режим безхазяйної речі. Унаслідок цього орган місцевого самоврядування подає заяву до органу державної реєстрації прав на нерухомість і останній приймає на облік цей об'єкт. Після цього має минути рік, і тоді уповноважений управляти муніципальним майном може звернутися до суду з вимогою про визнання права муніципальної власності на цю річ. Увесь цей час аж до реєстрації права муніципальної власності на відповідний об'єкт (у випадку задоволення судом вимоги про визнання права муніципальної власності) в особи, що подала заяву про відмову від права власності, не припиняються права і обов'язки власника відносно цього майна. Безхазяйна нерухома річ, яка не визнана судом такою, що поступила в муніципальну власність, може бути знову прийнята у володіння, користування і розпорядження власником, що залишив її, чи набута у власність за набувальною давністю (Див. ст.53 Земельного кодексу РФ від 25.10.2001 р., ст.225, ст.236, ЦК РФ від 30.11.1994 р.). Ст.335 ЦК України передбачає аналогічну процедуру для визнання права комунальної власності на нерухому безхазяйну річ, однак до таких відносить лише речі, у яких не має власника або власник яких невідомий. Річ, від якої власник відмовився, безхазяйною не визнається.

Окремої ж уваги заслуговує розгляд значення і підстав внесення до державного реєстру земель запису про реєстрацію права власності держави на земельну ділянку у випадку добровільної відмови, оскільки власника, що здійснює добровільну відмову, цікавить, з якого моменту припиняється його право власності?

Основними нормативними актами, якими регулюється порядок державної реєстрації права власності на земельну ділянку, є Закон України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 01.07.2004 р., який вступив у дію 03.08.2004 р. та Тимчасовий порядок ведення державного реєстру земель, затверджений наказом Держкомзему від 02.07.2003 р. №174, який діє до прийняття Закону України “Про державний земельний кадастр”.

Одразу слід звернути увагу, що в обох цих нормативних актах прямо не передбачається реєстрація припинення права власності, яке (припинення) не пов'язане з переходом цього права до іншої особи. Йдеться лише про реєстрацію права набувача за його заявою (ст.18 Закону).

Стосовно нашого випадку (добровільної відмови власника від права на земельну ділянку на користь територіальної громади чи держави), можна застосувати ст.4 Закону, яка встановлює, що державна реєстрація прав на нерухоме майно, що є в державній (відповідно, комунальній) власності здійснюється за заявою органу, уповноваженого в установленому порядку управляти нерухомим майном, що є в державній (відповідно, комунальній) власності. Чи можна визнати момент державної реєстрації цих прав моментом припинення права власності в особи, що відмовляється? Вважаємо, так.

При цьому, за змістом ч.3 ст.17 та ч.4 ст.18 Закону, разом із заявою про державну реєстрацію набувач права повинен подати “документи, що підтверджують виникнення правочинів щодо таких об'єктів або інші документи, що свідчать про встановлення, зміну чи припинення речового права” (документи, що свідчать про наявність інших, передбачених законом підстав). Ст.20 Закону, у свою чергу, щодо таких документів передбачає, що вони повинні відповідати вимогам, встановленим цим Законом, Цивільним кодексом України та іншими нормативно-правовими актами.

Як впливає із ч.2 ст.142 ЗК, у даному випадку разом із заявою про державну реєстрацію набувач повинен подати угоду про передачу права власності на земельну ділянку. Вимогами, встановленими Земельним кодексом до такої угоди, є: нотаріальне посвідчення і державна реєстрація.

Щодо нотаріального посвідчення, – питань не виникає. А от що означає державна реєстрація цієї угоди, у якому реєстрі вона мала проводитись і має проводитись сьогодні? І з якого моменту угода вважається укладеною: з дня нотаріального посвідчення (як це встановлено Земельним кодексом для договорів купівлі-продажу, міни, дарування), чи з дня її державної реєстрації? І як така реєстрація пов'язана з моментом припинення права власності?

У Земельному кодексі України державна реєстрація передбачена в чотирьох випадках: для державних актів на право власності, право постійного користування земельною ділянкою, договору оренди землі (ст.125) та угоди про передачу права власності на земельну ділянку (ст.142). За змістом ст.125 ЗК, реєстрація державного акта Земельним кодексом не відмежовується від державної реєстрації права на земельну ділянку. Тому є підстави вважати, що не проводить Земельний кодекс розмежування і

державної реєстрації угоди про передачу права власності (ст.142 ЗК) від державної реєстрації права власності на земельну ділянку (точніше, його припинення і виникнення у відповідних осіб).

Як не відмежовувалась до 01.01.2004 р. реєстрація договорів купівлі-продажу житлового будинку від реєстрації прав на нього: така реєстрація проводилась відповідно до вимоги ст.227 раніше чинного Цивільного кодексу України від 18.07.1963 р. і за аналогією здійснювалась щодо договорів міни, дарування житлового будинку, а з введенням у цивільний обіг квартир і нежитлових нерухомих будівель – і на ці об'єкти. Для такої реєстрації встановлений окремий порядок, який не застосовується до реєстрації прав чи угод щодо земельної ділянки. – Див. Тимчасове положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно: Затв. наказом Міністерства юстиції України від 07.02.2002 р. №7/5. Це положення діє до запровадження єдиної системи державної реєстрації прав власності на нерухоме майно та введення в дію Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обмежень, після чого реєстрація права власності на розглядувані об'єкти здійснюватиметься відповідно до Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 01.07.2004 р.

Але з часу дії нинішнього Земельного кодексу (з 01.01.2002 р.) порядок реєстрації угод про передачу права власності (ст.142 ЗК) законодавством не встановлювався. Видача державного акта на підставі такої угоди також прямо не передбачається. Якби законодавець мав на увазі, що в такому випадку видається державний акт, навіщо тоді передбачати державну реєстрацію угоди?

До речі, буквально статті 125 і 126 містять загальне правило (принаймні, у них немає ніяких спеціальних застережень) щодо посвідчення права власності на землі публічної власності, що дає підстави для висновку про те, що право комунальної і державної власності має посвідчуватись державним актом на право власності, форма якого встановлюється Кабінетом Міністрів. Окремо це правило повторено для земель комунальної власності (ст.14 ЗУ “Про розмежування земель державної і комунальної власності” від 05.02.2004 р.). Що ж до земель державної власності – таке правило не є доцільним з огляду на те, що в державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності (ч.1 ст.84 ЗК).

Тут звертає на себе увагу те, що зі вступом у дію 01.01.2004 року нового Цивільного кодексу розрізняють державну реєстрацію права власності на нерухомість та державну реєстрацію правочинів щодо нерухомості.

Так, згідно зі ст.210, ч.4 ст.334, ч.3 ст.640 ЦК, якщо законом встановлено вимогу державної реєстрації правочину (договору), він є вчиненим із моменту його державної реєстрації і право власності в набувача виникає з моменту такої реєстрації. А згідно зі ст.182 ЦК, право власності на земельну ділянку як нерухомість (ст.181 ЦК), його виникнення, перехід і припинення підлягає державній реєстрації (ст.182 ЦК). Як бачимо, за Цивільним кодексом у набувача право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації нотаріально посвідченого договору в реєстрі правочинів, і потім підлягає державній реєстрації в реєстрі прав на нерухоме майно, а за Земельним кодексом – із моменту видачі державного акта та його державної реєстрації. Тема про момент виникнення права власності на земельну ділянку вже привернула увагу дослідників [2].

Для здійснення державної реєстрації правочинів, до прийняття відповідного закону, на який посилається ст.210 ЦК, затверджено Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів (постанова КМ України від 26 травня 2004 р. № 671). Згідно з цим порядком проводиться державна реєстрація договорів купівлі-продажу, міни земельної ділянки, договорів про передачу нерухомого майна (а отже, і земельної ділянки) під виплату ренти, договорів довічного утримання (догляду), за якими передається набувачеві у власність нерухоме майно. Вимога як нотаріального посвідчення, так і державної реєстрації таких договорів встановлена в Цивільному кодексі (Земельний кодекс, як зазначалось, встановлює лише вимогу нотаріального посвідчення).

Пункт 6 Положення встановлює, що державна реєстрація правочинів провадиться шляхом внесення нотаріусом, який є реєстратором, запису до Реєстру одночасно з його нотаріальним посвідченням.

Перелік правочинів не є вичерпним, і п.5 Тимчасового порядку зазначає, що державній реєстрації підлягають інші правочини, державна реєстрація яких встановлюється законом. І, на перший погляд, здається, що можливим є проведення державної реєстрації угоди про передачу права в порядку, встановленому для правочинів, у результаті чого зберігається зміст ч.2 ст.142 ЗК і виконується вимога державної реєстрації, встановленої в цій статті. Але чи можна вважати, що така угода відповідає вимогам, що пред'являються Цивільним кодексом для чинності правочину, щоб здійснювати її реєстрацію як правочину?

Вважаємо, що встановлений порядок, за яким особи, кожна зі своєї сторони, зобов'язані укласти угоду про передачу права власності, усуває наявність вільного волевиявлення і відповідність його внутрішній волі (насправді особа, що відмовляється, не має наміру визначати наступного власника). А така наявність є вимогою, додержання якої є необхідним для чинності правочину (ч.3 ст.203 ЦК). Тому це

унеможливило проведення державної реєстрації даної угоди як правочину, хоча вона і має вигляд двосторонньої погодженої дії, спрямованої на припинення цивільних прав і обов'язків (ст.202 ЦК).

Крім того, якщо і за часів, коли і в Цивільному кодексі, і в Земельному кодексі застосовувався один термін “угода” представники земельного права часто взагалі відмежовувались від цивільного права, і угоди з земельними ділянками називали земельно-правовими [3, 210], то що стало об'єднуючим при неозвучених (правочин, угода) термінах? На наш погляд, угода про перехід права власності на земельну ділянку в результаті відмови якраз і є тією суто земельно-правовою угодою, яка більше інших угод щодо землі відрізняється від цивільно-правових.

Угода, що аналізується, застосовується для регулювання не лише відносин припинення права приватної власності, а й для регулювання відносин публічної (суспільної) власності на землю, які не можна визнати цивільно-правовими повною мірою. Виникає інтерес дослідження (але вже в рамках іншої статті) правової природи такої угоди в системі адміністративних договорів, порівняння їх. Поняття адміністративного договору в діючому законодавстві не визначене, але 17.03.2005 р. Верховною Радою вже прийнятий у другому читанні проект Кодексу адміністративного судочинства України, п.14 ст.3 якого містить таке визначення: “Адміністративний договір – дво- або багатостороння угода, зміст якої становлять права і обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди” [4]. Досить детально, з наведенням розробленої і розвиненої на високому рівні практики законодавчого регулювання цілої системи адміністративних договорів у Німеччині, цей інститут проаналізовано В. Стефанюком у публікації “Адміністративний договір – вимога сьогодення” [5]. У ній автор виділяє, зокрема, ознаки адміністративних договорів, зазначаючи, що застосовуються вони для правового обґрунтування дій суб'єктів адміністративних правовідносин. Такі договори в Україні вже передбачені, наприклад, бюджетним законодавством, законодавством про соціальні послуги.

Як односторонній правочин слід розглядати заяву власника, передбачену ч.1 ст.142 ЗК. І тут звертає на себе увагу положення ст.347 ЦК, згідно з якою в разі відмови від права власності на майно, права на яке підлягають державній реєстрації, право власності на нього припиняється з моменту внесення за заявою власника відповідного запису до державного реєстру. Вважаємо, що цим положенням ст.347 не встановлюється інший порядок припинення права власності щодо земельної ділянки, а воно підлягає застосуванню в сукупності зі ст.142 ЗК. Внаслідок чого, у випадку відмови власника від права на земельну ділянку, заяву, передбачену ст.347 ЦК, слід вважати не правочином, а юридичним вчинком.

Вищевикладене дозволяє в цілому визнати конструктивним рішення законодавця встановити такий порядок припинення права власності на земельну ділянку у випадку добровільної відмови, який передбачає стадію укладення нотаріально посвідченої угоди, оскільки такий порядок прямо не містить застосування судових процедур, займає порівняно не багато часу і дає правові підстави (документ) для проведення державної реєстрації припинення/виникнення права власності на відповідну земельну ділянку.

Але не можна погодитись із тим, що законодавець ставить можливість укладення такої угоди в залежність від згоди відповідних органів! Таке правило ніяк не відповідає правовій природі відмови від права і перетворює її на відносини відчуження. В юридичній літературі навіть пропонується висновок, що внаслідок відсутності такої згоди право власності повинно бути збережене за його попереднім власником, оскільки, відповідно до ч.3 ст.13 Конституції України, власність зобов'язує [6, 212]. Але ж принцип “власність зобов'язує” ніколи не означав, що суб'єкт зобов'язаний бути власником. Вважаємо, що правило про “можливу” згоду відповідних органів не прийматиме в даному випадку аж до постановки питання про визнання його неконституційним. Адже мова йде про земельну ділянку – специфічний об'єкт права: обмежений територіально природний компонент – землю (землі). Конституція України встановлює, що земля є основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави, є об'єктом права власності Українського народу, від імені якого права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією (ст.13, 14).

Тому конституційним обов'язком цих органів є прийняти у відповідний фонд цей виділений компонент. Даний обов'язок слід розглядати як презумпцію згоди, даної народом і закріпленої Конституцією. Варто порозмислити над цим питанням і в сукупності з розглядом норм ЦК, згідно з якими деяке безхазяйне майно, яке не має такої цінності, як земля, переходить у власність територіальної громади, і згода відповідних органів не вимагається (наприклад, бездоглядні домашні тварини, ст.341 ЦК).

Крім того, не слід забувати, що на письмові звернення кожного органи державної влади, місцевого самоврядування зобов'язані дати обґрунтовану відповідь (ст.40 Конституції України). Отже, у випадку відмови – обґрунтувати її.

Тому в ч.2 ст.142 ЗК слова “у разі згоди на одержання права власності на земельну ділянку” необхідно виключити.

Крім того, вищевикладене дає підстави для висновку про необхідність внесення змін до ст.142, шляхом зазначення в ч.2: “Угода про передачу права власності на земельну ділянку вважається укладеною з моменту її нотаріального посвідчення і є підставою для здійснення в порядку, встановленому законом, державної реєстрації одночасного припинення права власності на земельну ділянку в особи, що здійснює відмову від такого права, та виникнення права власності на цю земельну ділянку в територіальній громаді чи державі”. Якщо ж зберегти існуючу редакцію ч.2 ст.142, то значення державної реєстрації такої угоди і порядок її проведення залишаються невизначеними, що унеможливило застосування інституту.

Необхідно також частину 1 ст.18 Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” доповнити абзацом третім: “Державна реєстрація припинення права власності на земельну ділянку в результаті здійснення добровільної відмови власника від права на земельну ділянку проводиться за заявою однієї із сторін угоди про передачу права власності на земельну ділянку з одночасним здійсненням реєстраційного запису про виникнення права власності у набувача за цією угодою”. І до переліку документів для державної реєстрації прав на нерухоме майно, закріпленому в ст.19 Закону, включити нотаріально посвідчену угоду про передачу права власності на земельну ділянку в результаті добровільної відмови.

Даний розгляд аспектів правового регулювання добровільної відмови власника від права на земельну ділянку не є вичерпним. Інститут припинення права власності на земельну ділянку в результаті відмови власника від свого суб’єктивного права заслуговує на подальше наукове дослідження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.) по исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. 3-е изд., испр. – М.: Статут, 2003. – 831 с.
2. Носік В. Виникнення права власності на землю: теоретичні і практичні аспекти // Право України. – 2004. – №9. – С. 81-85.
3. Ерофеев Б.В. Земельное право России: Учебник – М.: МЦ УПЛ, 1999. – 560 с.
4. <http://www.rada.gov.ua>
5. Стефанюк В. Адміністративний договір – вимога сьогодення // Право України. – 2003. – №11. – С. 11-16.
6. Земельне право України: Навчальний посібник / Авт. кол.: Беженарь А.М., Бердніков Е.С., Бондар Л.А. і ін.; Під ред. Погрібного О.О., Каракаша І.І. – К.: Істина, 2002. – 496 с.

УДК 349.412.4:630*22

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЗАГАЛЬНОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ ГРОМАДЯН НА ЗЕМЛЯХ ЛІСОВОГО ФОНДУ

Костяшкін І.О., аспірант

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті досліджується правовий режим земель лісового фонду як об’єкта права загального землекористування. Звертається увага на існуючі прогалини нормативного забезпечення відповідного правового регулювання, вносяться пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: земля лісового фонду, правовий режим земель, Лісовий кодекс України, лісовий фонд.

Костяшкін І. А. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА ОБЩЕГО ЗЕМЛЕПОЛЬЗОВАНИЯ ГРАЖДАН НА ЗЕМЛЯХ ЛЕСНОГО ФОНДА / Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, Украина

В статье исследуется правовой режим земель лесного фонда как объекта права общего землепользования. Обращается внимание на существующие пробелы нормативного обеспечения соответствующего правового регулирования, вносятся предложения по усовершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: земля лесного фонда, правовой режим земель, Лесной кодекс Украины, лесной фонд.

Kostyashkin I.A. THE LEGAL REALIZATION OF RIGHT OF THE MUTUAL LAND TENURE OF CITIZENS ON THE GROUNDS OF WOOD FUND / Khmel'nyts'kyi University of Management and Law, Ukraine

The legal regime of grounds of the wood fund as the object of right of the mutual land tenure is researched. Much attention is paid to blanks of normative maintenance of legal regulation of the named relations; some offers concerning improvement of the current legislation are brought.

Key words: earth of forest fund, legal mode of earths, Forest code of Ukraine, forest fund.

Право загального землекористування громадян є передумовою загальнодоступного використання інших природних ресурсів; на нашу думку, такий зв'язок є зворотним, оскільки земля виступає базовим природним ресурсом. Використання земель лісового фонду громадянами без дотримання спеціальних процедур, на законодавчому рівні, фактично обумовлено положеннями Лісового кодексу України, що визначають порядок загального користування відповідними природними ресурсами.

Однак право загального використання тих чи інших земельних ділянок, як і земель лісового фонду в цілому, на наш погляд, потребує окремого аналізу, що і утворює предмет запропонованого дослідження.

У літературі про необхідність відповідних досліджень йшлося в роботах: В.І. Андрейцева [1], А.Г. Бобкової [2], В.І. Семчика [3], які стосувались визначення правового режиму земель, або ж окремих аспектів права загального природокористування. Прийшов час приділити більше уваги правовому забезпеченню реалізації права загального землекористування, і виробити науково-обґрунтовані критерії відповідного використання земель лісового фонду.

Згідно зі ст.48 Лісового кодексу України використання лісових ресурсів здійснюється в порядку загального та спеціального використання. При цьому в порядку загального використання лісових ресурсів громадяни мають право вільно перебувати в лісах... брати участь у культурно-оздоровчих, туристичних та спортивних заходах.

Такий підхід дає підстави більш детально зупинитись на визначенні лісу та використанні земель лісового фонду при реалізації громадянами права загального лісокористування. За діючим ЛК України, ліс – це сукупність землі, рослинності, у якій домінують дерева та чагарники, тварин, мікроорганізмів та інших природних компонентів, що у своєму розвитку біологічно взаємопов'язані, впливають один на одного і на навколишнє середовище. Ліс, у даному випадку, розглядається як певна біологічно взаємопов'язана сукупність, до того ж елементи даної сукупності впливають один на одного і на навколишнє середовище.

Позиція законодавця щодо входження земель до складу лісу піддається критиці на доктринальному рівні [4]. Професор А.П. Гетьман обґрунтовано доводить необхідність уніфікації поняття “ліс” шляхом вилучення із його змісту таких об'єктів природи, як земля, тварини, мікроорганізми, інші природні компоненти, що дозволить удосконалити правозастосовчу діяльність, правове регулювання в галузі використання, відтворення рослинного світу, а також привести термінологію Лісового кодексу України у відповідність до змісту термінологічного апарату, що використовується Законом України “Про рослинний світ” [5, 107]. Існують також погляди і в підтримку законодавчого підходу. Так, Л. І. Дембо розглядає ліс у поєднанні із землею, висловлюючи твердження, що “з правової сторони, лісом вважається та частина єдиного земельного фонду, яка виділена в самостійний лісовий фонд і представляє собою земельну територію, на якій росте ліс, яка призначена для вирощування деревини та для потреб лісового господарства” [6].

Юридичне визначення лісу також пов'язане з формуванням лісового фонду України. Його, зокрема, утворюють: усі ліси на території України, а також землі, призначені для вирощування лісів, та землі, необхідні для потреб лісового господарства. Деревина (інша рослинність) у лісах визнаються об'єктами права власності і об'єктами самостійного регулювання лише до тих пір, поки вони ростуть на землі, доки зберігається біологічний зв'язок між деревами і зеленою рослинністю, з одного боку, і землею, з іншого [7]. Зрубані дерева не є частиною лісу, а являють собою самостійний об'єкт права власності – деревину [8]. У межах нашого дослідження важливим є взаємозв'язок між використанням лісових ресурсів та земельних ділянок, що виступають умовою існування та розвитку таких ресурсів.

Правовий режим земель лісового фонду, на думку деяких учених, розглядається в комплексі з правовим режимом лісових відносин, які в сукупності можна називати земельно-лісовими відносинами, що виступають єдиним комплексним об'єктом правового регулювання [9].

Комплексний характер земельно-лісових відносин обумовлений специфікою призначення землі в процесі створення і використання лісових ресурсів, які мають властиве лише їм призначення і здійснюють спеціальні властиві їм функції. Виділення земель лісового фонду обумовлене використанням розташованих тут лісових ресурсів, що визначає особливості правового режиму відповідних земель.

Розрізняють лісові землі, вкриті лісовою (деревною і чагарниковою) рослинністю, не вкриті лісовою рослинністю, які підлягають залісенню (зруби, згарища, рідколісся, пустирі та інші), зайняті лісовими шляхами, просікаками, протипожежними розривами тощо; нелісові: зайняті спорудами, пов'язаними з

веденням лісового господарства, трасами ліній електропередач, підземними комунікаціями тощо; зайняті сільськогосподарськими угіддями (рілля, багаторічні насадження, сіножаті, пасовища), надані для потреб лісового господарства; зайняті болотами і водоймами в межах земельних ділянок лісового фонду, наданих для потреб лісового господарства.

Як видно із складу земель лісового фонду, їх правовий режим безпосередньо взаємопов'язаний із цільовим раціональним використанням та охороною лісових ресурсів. Більше того, Лісовий кодекс України, як уже зазначалось, відносить до складу лісів відповідну сукупність земель, тому право вільно перебувати в лісах є законодавчим закріпленням права загального використання земель лісового фонду. Адже неможливо здійснювати право лісокористування, не використовуючи землі лісового фонду як просторовий базис [10].

Ліси України є її національним багатством і за своїм призначенням та місцем розташування виконують переважно екологічні (водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі, рекреаційні), естетичні, виховні та інші функції мають обмежене експлуатаційне значення і підлягають державному обліку та охороні (ст.3 ЛК України) [11]. Рекреаційне розуміння лісу полягає в тому, що ліси внаслідок рекреаційних властивостей відновлюють і змінюють здоров'я людей [12]. Внаслідок розвитку рекреаційні ліси, зберігаючи властивості продуцентів деревної сировини і побічних ресурсів, набувають нових властивостей джерела рекреаційних послуг, тобто перетворюються в соціально-економічну категорію, пов'язану із створенням рекреаційних благ. Р.І. Хайбеков, аналізуючи рекреаційне користування лісом, під основними рекреаційними фондами розуміє ділянки єдиного державного лісового фонду, які призначені для відпочинку населення, благоустрою та культурно-побутового обслуговування відпочиваючих [13]. С.А. Генсірук, М.С. Нижник, Р.Р. Возняк відмічають, що всі ліси, придатні для організації в них відпочинку і оздоровлення населення, є рекреаційними, використання яких обумовлене наявністю унікальних природних комплексів із мальовничими ландшафтами, багатим рослинним і тваринним світом, значною кількістю водойм, мінеральних, лікувальних джерел, а також впливом цілого ряду соціально-економічних і медично-біологічних факторів [14]. Реалізація права загального землекористування на землях лісового фонду значною мірою обумовлена рекреаційними оздоровчими, естетичними, пізнавальними властивостями лісів та закріплена в ст.49 Лісового кодексу, згідно з якою громадяни мають право вільно перебувати в лісах. Більше того, коли мова йде про користування лісом для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей та проведення науково-дослідних робіт, Лісовий кодекс у Главі 11 передбачає використання саме земельних ділянок лісового фонду. Отже, право загального використання лісу для задоволення вищезгаданих потреб у свою чергу є похідним від права загального використання земельних ділянок лісового фонду. І навпаки, реалізація права загального використання земель лісового фонду значною мірою зумовлена наявністю відповідної лісової рослинності. Російським законодавством відповідне право, певною мірою, закріплене у вигляді публічного сервіту [15]. Так, відповідно ст.23 Земельного кодексу Російської Федерації, "публічні сервітути можуть встановлюватися для використання земельної ділянки з метою полювання, збору дикорослих рослин у встановлений термін і в установленому порядку" [16].

Недоліком чинного законодавства виступає відсутність належної правової регламентації загального землекористування, про яке, у ряді випадків, можна лише здогадуватись. Так, ст.75 Лісового кодексу встановлює, що користування земельними ділянками лісового фонду в культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілях здійснюється з урахуванням вимог щодо збереження лісового середовища і природних ландшафтів та з урахуванням правил архітектурного планування приміських зон і санітарних вимог [17]. Об'єктом користування в даному випадку виступає земельна ділянка. Виходячи з положень ЛК України щодо рекреаційної функції лісів та можливості вільно в них перебувати, на підставі Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", такий вид землекористування повною мірою можна віднести як до загального, так і до спеціального землекористування. Водночас норм, які б регламентували право загального користування такими ділянками, лісовий кодекс не містить. Натомість, статтею 74 ЛК України передбачено, що право на тимчасове користування земельними ділянками лісового фонду для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей та проведення науково-дослідних робіт надається юридичним і фізичним особам відповідними місцевими радами за погодженням із постійними лісокористувачами. Обмеження строку та дозвільний порядок не дають підстав говорити про здійснення загального землекористування. Вважаю, що така позиція продиктована відсутністю регламентації загального землекористування в ЗК України. Ця ситуація викликає необхідність розмежування загального та спеціального землекористування для задоволення вищезгаданих потреб. Якщо право спеціального землекористування передбачає надання конкретній особі певної земельної ділянки на підставі спеціальних дозволів за плату для виробничої та іншої діяльності, то право загального землекористування, як зазначалось вище, відповідно до Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", здійснюється для задоволення пізнавальних, естетичних, освітніх, наукових, рекреаційних, оздоровчих та інших потреб, безоплатно, без закріплення земельної ділянки за таким

користувачем чи одержання певних дозволів, за винятком обмежень, передбачених законодавством України.

На відміну від порядку виділення земельної ділянки в користування на підставі договору чи адміністративного акта, для здійснення права загального землекористування не вимагається дозвіл. Однак громадяни повинні дотримуватись ряду встановлених вимог, з метою охорони як лісових ресурсів так і земель лісового фонду. Так, забороняється збір та заготівля громадянами рослин та грибів, види яких занесені в Червону книгу України. Громадяни зобов'язані виконувати вимоги пожежної безпеки в лісах, користуватися лісовими ресурсами, у строки, встановлені державними лісогосподарськими органами, і способами, що не завдають шкоди відтворенню цих ресурсів, не допускати пошкодження чи вирубки дерев та чагарників, засмічення лісів.

Оскільки право загального лісокористування поширюється на лісовий фонд (ст.49 ЛК України), то і до об'єктів права загального землекористування можна віднести відповідну категорію земель [18]. Об'єктом реалізації права загального землекористування виступають земельні ділянки, що утворюють лісові угіддя та інші земельні ділянки лісового фонду. Вказані земельні ділянки, хоч і передані постійним та тимчасовим користувачам (у постійному користуванні підприємств, що належать до сфери управління Держкомлісгоспу, перебуває 66% земель лісового фонду, Мінагрополітики відповідно – 26,4%, Міноборони – 2,2%, МНС – 1,6%, Мінекоресурсів – 0,8% та ще 3% – в інших лісокористувачів [19]), однак, можуть вільно використовуватись громадянами [20] на праві загального землекористування, що виступає необхідною умовою використання громадянами лісових ресурсів. У межах лісового фонду можуть виділятися земельні ділянки рекреаційного призначення та природо-заповідного фонду, використання яких здійснюється, на праві загального землекористування. Так, відповідно до Порядку поділу лісів на групи, віднесення їх до категорій захисності та виділення особливо захисних земельних ділянок лісового фонду, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.1995 року [21], територія приміських лісів поділяється на три основні частини: паркову, лісопаркову та лісогосподарську. Перша та друга частини призначені для найбільш інтенсивного відвідування громадянами, цьому ж підпорядковується і господарська діяльність на цих територіях: формування декоративних деревостанів, благоустрою території, формування ландшафтів; лісогосподарська зона характеризується несприятливими для відпочинку умовами, господарська діяльність тут спрямована на реконструкцію та лісовідновлюючі роботи [22]. Постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2002 р. N581 [23] затверджено Державну програму «Ліси України» на 2002 – 2015 роки де відзначено, що на заповідники, національні природні парки, заказники та інші заповідні об'єкти припадає 13,9 відсотка загальної площі лісового фонду підприємств, що належать до сфери управління Держкомлісгоспу. При цьому площа природно-заповідного фонду, що перебуває в постійному користуванні підприємств і організацій, які належать до сфери управління Держкомлісгоспу, зростає у 2015 році на 124,4 тис. гектарів (обсяг заповідання лісів у 2015 році становитиме 15,6 відсотка, зокрема, у Карпатському регіоні – 18,7 відсотка). На праві загального землекористування громадяни з метою полювання можуть використовувати і мисливські угіддя, що включають ділянки суші та водного простору, на яких перебувають мисливські тварини і які можуть бути використані для ведення мисливського господарства. Хоча мисливство – вид спеціального використання тваринного світу, із стягненням відповідної плати, використання земельних ділянок мисливцями є безплатним і не потребує спеціального дозволу [24]. Земельні ділянки лісового фонду можуть бути використані на праві загального землекористування і безвідносно до розміщення тут лісових ресурсів, наприклад, в якості шляхів сполучення. В останньому випадку мова вже може йти про використання земельної ділянки, зайнятої лісовими шляхами, просіками, протипожежними розривами. Так, до основних напрямків ведення лісового господарства в гірських умовах віднесено розвиток мережі лісових доріг (до 2010 року планується розширити мережу лісовозних доріг із твердим покриттям до 10 кілометрів на 1000 гектарів лісового фонду регіону) [25]. Щодо земельних ділянок лісового фонду, які надані та використовуються для потреб лісового господарства, зайняті: а) спорудами, пов'язаними з веденням лісового господарства; б) трасами ліній електропередач; в) трубопроводами, підземними комунікаціями тощо; г) сільськогосподарськими угіддями (ріллею, багаторічними насадженнями, сіножатями, пасовищами, наданими для потреб лісового господарства). Їх використання на праві загального землекористування може бути обмежене з метою використання розташованих об'єктів за цільовим призначенням.

Отже, право загального користування землями лісового фонду обумовлено, перш за все, рекреаційною функцією лісів. Оскільки поняття лісу в його законодавчому виразі включає землі лісового фонду, норма ЛК України, що передбачає можливість вільно перебувати в лісах, поширюється на землі лісового фонду, регулюючи при цьому право загального землекористування. Однак таке регулювання є опосередкованим. Використання лісових ресурсів на праві загального лісокористування для задоволення рекреаційних, духовних, естетичних потреб з необхідністю вимагає законодавчого регулювання безпосередньо права загального землекористування для задоволення вищезазначених потреб. Об'єктом права загального землекористування в такому випадку можуть бути як земельні ділянки, спеціально виділені для

задоволення рекреаційних потреб, так і інші ділянки лісового фонду, щодо яких відсутні заборони чи обмеження у використанні з метою реалізації права загального лісочористування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Андрейцев В.І. Конституційно-правові імперативи використання власності на землю // Столиця. – 2004. – №24(527).
2. Бобкова А.Г. Правовое обеспечение рекреационной деятельности: Дис... докт. юрид. наук: 12.00.06.; 12.00.04./ Донецкий нац. ун-тет. ИЭПИ НАН Украины. – К., 2001. – С. 154.
3. Земельне право: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В.І. Семчика і П.Ф. Кулінина. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2001. – С. 371.
4. Краснова М.І. Правовий режим використання, відтворення, захисту та охорони лісів // Екологічне право: Особлива частина / За ред. акад. АПРН В.І. Андрейцева. – К.: Істина, 2001. – С. 367. Краснов Н.И. Новое советское лесное законодательство // Советское государство и право. – 1978. – № 7. – С. 37-42.
5. Гетьман А.П. Проблеми кодифікації законодавства про рослинний світ: деякі міркування (коментар до Закону України “Про рослинний світ”) // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – №3(18). – С. 103-109.
6. Дембо Л.И. Правовой режим лесов. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1951. – 156 с. – С. 10-11.
7. Ерофеев Б.В. Экологическое право России: Учебник для юридических вузов. – 6-е изд., испр. и доп. – М.: Юриспруденция, 2000. – С. 279.
8. Мунтян В.Л. Правовая охрана природы в УРСР. – К., 1982. – С. 149-150.
9. Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В.І. Семчика. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – С. 157.
10. Крассов О.И. Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации. – М.: Юристъ, 2002. – С. 186.
11. Лісовий кодекс України від 21.01. 94. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – №17. – Ст. 443-476.
12. Рекреационное лесопользование в СССР. – М.: Наука, 1983. – 125 с. – С. 5-17.; Рекреационное использование территорий и охрана лесов / В.Б. Нефёдова, Е.Д. Смирнова, В.П. Чижова, Л.Г. Швидченко. – М.: Лесная промышленность, 1980. – 184 с. – С. 6-8.
13. Хайбеков Р.И. Планирование рекреационного лесопользования // Лесное хозяйство. – 1983. – №2. – С. 3-9.
14. Генсирук С.А., Нижник М.С., Возняк Р.Р. Рекреационное использование лесов. – К.: Урожай, 1987. – 248 с. – С. 26.
15. Крассов О.И. Земельное право: Учебник. – М.: Юристъ, 2000. – С. 483.
16. Крассов О.И. Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации. – М.: Юристъ, 2002. – С. 186.
17. Лісовий кодекс України від 21.01. 94. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – №17. – Ст. 443-476.
18. Крассов О.И. Земельное право: Учебник. – М.: Юристъ, 2000. – С. 104.
19. Державна програма «Ліси України» на 2002-2015 роки, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2002 р. № 581.
20. Земельне право: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В.І. Семчика і П.Ф. Кулінича. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2001. – С. 371.
21. Екологія і закон. Екологічне законодавство України. Кн.1. – С. 653-655.
22. Ткаченко Е.Н. Право пользования курортными, лечебно-оздоровительными и рекреационными зонами: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.06. – Х., 1999. – С. 75.
23. Державна програма «Ліси України» на 2002-2015 роки, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2002 р. №581 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 18. – С. 933.
24. Закон України “Про мисливське господарство та полювання” від 22 лютого 2000 р. № 1478-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №18. – Ст.132.
25. Державна програма «Ліси України» на 2002-2015 роки, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2002 р. №581 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 18. – С. 933.

РОЗДІЛ V. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

УДК 343.221

ДО ПИТАННЯ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ОЗНАК БАНДИ ЯК СПЕЦИФІЧНОГО ОРГАНІЗОВАНОГО ЗЛОЧИННОГО ОБ'ЄДНАННЯ

Іваненко І.В., к.ю.н., доцент

Черкаський національний університет імені Богдана Хмельницького

Стаття присвячена кримінально-правовим аспектам встановлення ознак банди як особливого організованого злочинного об'єднання для її ідентифікації і виокремлення на тлі інших організованих злочинних об'єднань корисливо-насильницького спрямування.

Ключові слова: бандитизм, банда, організована група, злочинна організація.

Иваненко И.В. К ВОПРОСУ ОБ УСТАНОВЛЕНИИ ПРИЗНАКОВ БАНДЫ КАК СПЕЦИФИЧЕСКОЙ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОЙ ГРУППИРОВКИ / Черкасский национальный университет имени Богдана Хмельницкого, Украина

Статья посвящается уголовно-правовым аспектам установления признаков банды как специфической организованной преступной группировки для ее идентификации и вычленения из числа других организованных преступных группировок корыстно-насильственного направления.

Ключевые слова: бандитизм, банда, организованная группа, преступная организация.

Ivanenko I.V. SOME ASPECTS OF REVEALING OF THE DISTINCTIVE FEATURES OF GANG AS SPECIFIC ORGANIZED CRIMINAL GROUPING / Cherkasy National University named after Bohdan Khmelnytsky, Ukraine

The article is dedicated to criminal – legal aspects of revealing of the distinctive features of gang as specific organized criminal grouping for its identification and exarticulation from among other organized criminal groupings of mercenary-violent direction.

Key words: gangsterism, gang, organized grouping, criminal organization.

На сьогодні вельми актуальними є питання щодо кримінально-правових та кримінологічних ознак банди, встановлення її основних характеристик для якомога точнішого і справедливішого застосування кримінально-правових норм і санкцій щодо учасників таких банд. Адже багато науковців визнають той факт, що організовані та групові злочини являють собою значно більшу небезпеку для суспільства, аніж злочини, що вчиняються злочинцями поодиночки або ж вчиняються певними групами осіб без попередньої змови. Цей факт відмічається однозначно як теоретиками [1], так і практиками. Детальні дослідження в цій сфері, наприклад, містяться в роботах В.І. Литвиненко [2].

Із прийняттям нового Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року було зроблено досить вагомий крок уперед щодо розв'язання зазначеної проблеми. Ще під час розробки проекту цього кодексу багато науковців відзначали істотний прогрес у кримінально-правовій регламентації питань, пов'язаних із регулюванням аспектів щодо організованої злочинності. Зокрема, В. Казміренко ще в 1995 році писав: “Безсумнівним здобутком проекту є положення, що стосується діяльності злочинних груп. Нині (тобто, на той час, – авт.) до кримінальної відповідальності може бути притягнутий лише учасник групи, що безпосередньо вчинив карану дію, а саме – виконавець. Відповідальність осіб, що здійснюють фінансове, матеріальне, правове та інше забезпечення груп, а також керівництво ними, створюють безпечні умови для злочинної діяльності, не передбачена, а саме вони становлять ядро організованої злочинності” [3]. Розробка цих питань у вказаному напрямку продовжувалась науковцями багатьох країн й до прийняття в Україні нового кримінального кодексу, а також продовжується і тепер з метою виявлення його недоліків для подальшого їх усунення. Слід відзначити, що українські законодавці при розробці проекту нового Кримінального кодексу України (особливо щодо питань майбутньої регламентації в ньому аспектів групової та організованої злочинності) брали за один із взірців діючий Кримінальний кодекс Російської Федерації в редакції від 1996 року. Однак слід також зауважити, що на час прийняття Україною свого кримінального кодексу, у Росії вже сформувалася певна “конструктивна наукова опозиція” до чинного в

цій країні Кримінального кодексу, тобто була напрацьована достатня кількість конструктивних наукових зауважень, пропозицій, вказівок на недоліки тощо. Серед російських науковців, які склали і складають таку “конструктивну опозицію” варто виділити, зокрема, О.В. Топільську [4], яка вивчає практичні особливості діяльності окремих злочинних груп корисливо-насилницького та іншого спрямування; Н.Г. Іванова, який вивчає соціологічні аспекти організованої групи як суб’єкта діяльності, а також питання щодо розмежування кримінальних угруповань різних типів [5] та багатьох інших.

Серед вітчизняних науковців, що проводили детальні дослідження в цій сфері, насамперед потрібно виділити С.О. Єфремова та В.В. Василевича. Так, С.О. Єфремов, займаючись дослідженням базових питань теорії організованої злочинності, зокрема, проводить також вагомі концепційні дослідження теоретичних аспектів щодо визначення місця організованих злочинних груп серед подібних до них злочинних об’єднань [6]. Сфера наукових інтересів В.В. Василевича розповсюджується здебільшого на дослідження діяльності організованих злочинних угруповань корисливо-насилницького спрямування [7].

На жаль, сучасне кримінальне й кримінально-процесуальне законодавство України не дає остаточної дефініції терміну “банда”. Досить нечітка й, на нашу думку, деякою мірою вже застаріла версія такої дефініції міститься в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 7 липня 1995 року “Про судову практику в справах про бандитизм”, у пункті другому якої, зокрема, визначено таке: “Під бандою слід розуміти стійку організовану й озброєну групу з двох або більше осіб, яка попередньо об’єдналась для вчинення одного або кількох нападів на громадян чи підприємства, установи та організації, незалежно від форм власності. Групу слід вважати стійкою за умови, якщо вона є стабільною і згуртованою, а особи, які до неї входять, мають єдині наміри щодо вчинення злочинів”. Слід відразу звернути увагу на те, що вказана постанова вважає банду одним із різновидів організованої злочинної групи. Крім цього, із цією позицією погоджуються окремі сучасні науковці-кримінологи [8]. Інші ж науковці більш схильні вважати банду злочинною організацією [9]. Тобто єдності думок щодо того, який саме шабел у рівні організованості може або повинне займати таке злочинне об’єднання, як банда, не існує.

На нашу думку, вказані автори принципово неправильно ставлять питання, намагаючись „втиснути” банду в рамки певного, окресленого в ст.28 КК України, рівня організованості того чи іншого злочинного об’єднання, тим більше, що Кримінальний кодекс України не встановлює істотних чітких розмежувань між вказаними рівнями організованості (особливо щодо групи осіб, що діє за попередньою змовою, та організованої групи, тобто пункти 2 і 3 ст.28 КК України), залишаючи це завдання практично повністю на суб’єктивний розсуд та оцінку певного науковця чи практика.

Річ у тім, що такі об’єднання, як банди, на нашу думку, можуть існувати на абсолютно різних рівнях своєї організованості: від примітивної взаємної координуючої змови до складної злочинної організації. І, таким чином, фактично єдиними об’єднуючими кримінально-правовими та кримінологічними ознаками таких угруповань, за допомогою яких вони вирізняються на тлі будь-яких інших, є насамперед спрямування на напад їхньої злочинної діяльності і озброєність угруповання, а також спільне налаштування його членів на тривалу довгострокову злочинну діяльність і вчинення бандою нападів у якості основної мети (а не засобу для досягнення іншої мети) своєї злочинної діяльності. Саме ці ознаки, вважаємо, незалежно від кримінологічного рівня організованості певного злочинного об’єднання, і мають слугувати основними орієнтирами для його кваліфікації як банди. Однак ця загальна концепційна думка потребує детальної пояснюючої, аргументованої конкретизації.

Отже, відразу слід зазначити, що бандитизмом не може бути визнане вчинення певної кількості озброєних нападів (а також, можливо, й інших злочинів) однією особою, однією особою в співучасті з іншими особами (організатор, пособник, підбурювач), або ж групою осіб без попередньої змови. Причина такої однозначності та категоричності в цьому висловлюванні є вельми простою: в усіх перелічених випадках не утворюється нова колективна злочинна одиниця (банда, група, організація, об’єднання тощо), яка ще й до того ж повинна мати окремі специфічні ознаки.

У випадку ж щодо можливості існування банди в якості діяльності певної нападницької групи озброєних осіб, які діють за попередньою змовою, ситуація видається далеко не такою однозначною, як попередня, тому що попередню змову групи осіб вже цілком справедливо можна вважати первинним рівнем її організованості. Річ також в тім, що, співвідносячи наведену вище діючу на сьогодні дефініцію щодо поняття “банда” з окремими положеннями нового кримінального кодексу, можна знайти велику кількість науково-правових протиріч і суперечностей. Одним із таких протиріч у цьому сенсі є визначення мінімально можливої кількості учасників банди. Вищенаведена дефініція з Постанови Пленуму ВСУ від 7 липня 1995 року встановлює такий мінімум на рівні двох членів. У порівнянні її з положеннями нового Кримінального кодексу, а саме з пунктом другим ст.28 (визначення злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб), де зазначено, що злочин визнається таким, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовились про спільне його вчинення, можна зробити висновок, що фактично на даний час будь-який злочин, вчинений за попередньою змовою двома чи більше особами (навіть просто співвиконавцями) можна розглядати як бандитизм, за

умови наявності мінімального рівня їх спільної організованості (координації) у вчиненні одного окремого озброєного нападу та, можливо, й інших злочинів. Адже, як вже відзначалося, не існує чітких детермінант щодо визначення поняття “попередня змова”, і його, таким чином, можна трактувати і у вузькому (миттєва попередня домовленість безпосередньо перед вчиненням злочину), і в досить широкому (розроблена заздалегідь окрема, детальна, плануюча, координуюча домовленість щодо вчинення окремого злочину чи кількох злочинів) сенсі. Тобто особливості існування і діяльності банди як окремої більшою чи меншою мірою організованої злочинної одиниці, про обов’язкову наявність якої чітко вказує диспозиція статті 257 “Бандитизм” КК України, на даний час завдяки розбіжностям між вказаною постановою та КК України можуть бути або повністю нівельовані, або, навпаки, загострені, залежно від суб’єктивного розуміння цих понять тією чи іншою особою.

Вбачаємо, що вищенаведена ситуація щодо значного рівня суб’єктивізму у визначенні окремого озброєного угруповання як банди не сприяє об’єктивності та неупередженості в процесі адекватної кваліфікації цього злочину на практиці. Утім, потрібно відзначити, що Верховний Суд України на сьогодні намагається певним чином переосмислити підходи до визначення поняття банди та кваліфікації бандитизму як злочину взагалі. У проекті Постанови Пленуму Верховного Суду України „Про судову практику розгляду кримінальних справ про злочини, які вчинюються організованими злочинними об’єднаннями” (прийнята в першому читанні 10 грудня 2004 року) ціла низка пунктів присвячена саме вказаній проблематиці (пункти 43-57). Наведений проект роз’яснень Пленуму ВСУ красномовно свідчить про те, що, вочевидь, Верховний Суду України взагалі планує скасувати свою постанову від 7 липня 1995 року як таку, що значною мірою застаріла і не відповідає науково-практичному рівню сучасного розуміння особливостей кваліфікації бандитизму як кримінально-карного діяння.

Принциповим у цьому аспекті є те, що пункт 44 вказаного проекту постанови ґрунтовно по-іншому підходить до визначення поняття банди. Зокрема, вказується: „Під бандою слід розуміти озброєну організовану групу чи озброєну злочинну організацію, члени якої або структурні частини якої (злочинної організації) попередньо об’єдналися з метою вчинення нападів (нападу) на підприємства, установи, організації чи окремих осіб”. Відразу слід звернути увагу на принципову зміну в технології вказаної дефініції. Поняття банди організованого злочинного угруповання визначається через поняття інших видів організованих злочинних об’єднань, а саме через поняття організованої групи і злочинної організації. На законодавчому рівні визначення указаних останніх двох понять не існує, утім, ці визначення існують у тому ж проекті постанови Пленуму ВСУ, відповідно, у пунктах 14 та 42. Знаковим у цьому є наступне. Дефініції понять організованої групи та злочинної організації, що наведені в проекті постанови, звичайно ж, базуються на відповідних положеннях КК України (п.п. 3, 4 ст.28), де передбачено, що мінімальна кількість учасників таких злочинних об’єднань має становити не менше трьох осіб. Таким чином, із прийняттям цього проекту постанови Пленумом ВСУ (що очікується в недалекому майбутньому) визнати бандою об’єднання з двох осіб буде неможливо в принципі. Вочевидь такі злочини доведеться кваліфікувати як розбій, вчинений за попередньою змовою групою осіб (ч.2 ст.187 КК України), залишивши без уваги і можливо високий рівень стійкості такого „двоособового” злочинного об’єднання, і можливо його перманентну спрямованість на тривалу злочинну діяльність, і цілком ймовірну озброєність (доведеться, ймовірно, додавати за сукупністю злочинів ще й ст.263 КК в аспекті відповідальності за незаконне поводження зі зброєю), а також те, що за своїм реальним ступенем суспільної небезпечності така „двоособова банда” мало чим поступається банді з більшою кількістю учасників.

Вказані аспекти потрібно обов’язково детально вивчити, базуючись на дослідженні окремих кримінальних справ щодо бандитизму на сьогоднішній день. Зокрема, варто було б встановити, який саме відсоток у загальній кількості засуджених банд становлять так звані „двоособові” банди; наскільки тяжкими наслідками характеризуються вчинені такими бандами збройні напади та інші злочини; проаналізувати співвідношення суворості санкцій за вчинення розбою за попередньою змовою групою осіб і бандитизму та інше. У цьому вбачаються окремі перспективи для подальших наукових кримінологічних досліджень у рамках порушеного питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Хавронюк М.І., Мельник М.І. Ознаки і поняття організованої групи та злочинної організації (кримінально-правовий аспект) // Право України. – 2000. – № 4. – С. 59.
2. Литвиненко В.І. Експертні оцінки кримінальної активності організованих злочинних груп // Тероризм і боротьба з ним: Збірник наукових праць. – К.: Науково-дослідний інститут “Проблеми людини”, Антитерористичний центр при СБ України, Одеська національна юридична академія, 2000. – Т. 19. – С. 423-430.
3. Казміренко В., Казміренко Л., Клименко О. Кримінальний кодекс України: деякі психологічні аспекти // Право України. – 1995. – № 8. – С. 30.

4. Топильская Е.В. Организованная преступность. – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 1999. – С. 77-85.
5. Иванов Н.Г. Ассоциальные организованные группы как субъект деятельности // Вестник Московского университета. – Серия 18. Социология и политология. – 1996. – № 2. – С. 105-113.
6. Єфремов С.О. Організовані злочинні угруповання в теорії вітчизняного кримінального права // Вісник прокуратури. – 2001. – № 3 (9). – С. 28-34.
7. Василевич В.В. Борьба з озброєними формами злочинності корисливо-насильницького спрямування: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К., 1998. – 16 с.
8. Гуторова Н.О. Вчинення злочину організованою групою: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Харків, 1996. – С. 8.
9. Марчук С.К. Кримінологічна та кримінально-правова характеристика злочинних організацій: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Х.: Університет внутрішніх справ, 1998. – С. 13-15.

УДК 341.43 (73)

ЮРИДИЧНІ ПІДСТАВИ ВИДАЧІ ЗЛОЧИНЦІВ У США

Бичківський О.П., к.ю.н., професор

Запорізький національний університет

Мета статті – дослідити юридичні підстави видачі злочинців у США. Розглянуто різні підстави екстрадиції, а саме: двосторонній договір про видачу злочинців; багатосторонній договір про видачу злочинців; багатосторонній договір, що містить положення про видачу злочинців; договір про видачу біженців іноземній державі; договір про передачу засуджених осіб, що містить також і положення про видачу злочинців. Стаття написана на основі аналізу юридичної літератури, права США і практики його застосування судами США. Наводяться приклади таких судових рішень.

Стаття розрахована на студентів, аспірантів і викладачів юридичних та інших вищих навчальних закладів, що спеціалізуються в галузі міжнародного кримінального права, а також на юристів-практиків, що займаються видачею злочинців.

Ключові слова: видача злочинців, екстрадиція, юридичні підстави видачі злочинців, двосторонній договір про видачу злочинців, багатосторонній договір про видачу злочинців, багатосторонній договір, що містить положення про видачу злочинців, злочинець.

Бычковский А.П. ЮРИДИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ВЫДАЧИ ПРЕСТУПНИКОВ В США / Запорожский национальный университет, Украина

Цель статьи – исследовать юридические основания выдачи преступников в США. Рассмотрены различные юридические основания экстрадиции, а именно: двусторонний договор о выдаче преступников; многосторонний договор о выдаче преступников; многосторонний договор, содержащий положения о выдаче преступников; договор о выдаче беженцев иностранному государству; договор о передаче осужденных лиц, содержащий положения о выдаче преступников. Статья написана на основе анализа юридической литературы, права США и практики его применения судами США. Приводятся примеры таких судебных решений.

Статья рассчитана на студентов, аспирантов и преподавателей юридических и иных высших учебных заведений, специализирующихся в сфере международного уголовного права, а также на юристов-практиков, занимающихся выдачей преступников

Ключевые слова: выдача преступников, экстрадиция, юридические основания выдачи преступников, двусторонний договор о выдаче преступников, многосторонний договор о выдаче преступников, многосторонний договор, содержащий положения о выдаче преступников, преступник.

Bychkiv's'ky A.P. THE LEGAL BASES OF EXTRADITION IN THE USA / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The purpose of the article is to research the legal basis of extradition in the USA. The various kinds of legal bases of extradition are researched: the bilateral extradition treaty; the multilateral extradition treaty; the multilateral treaty containing an extradition clause; the military rendition agreement; the treaty for the transfer of offenders containing the return clause. The article is written on the basis of analysis of the legal literature, the law of the USA and practice of its application by the courts of the USA. Examples of such court decisions are made.

The article is intended for students, post-graduates and teaching staff of the law departments and other higher educational establishments, which are specialized in the sphere of the international criminal law, and also for lawyers-practical workers, who are engaged in the extradition process.

Key words: extradition; rendition; the legal basis of extradition; the bilateral extradition treaty; the multilateral extradition treaty; the multilateral treaty containing an extradition clause; the military rendition agreement; the treaty for the transfer of offenders containing a return clause; offender.

Видача злочинців, екстрадиція – передача злочинців державою, на території якої вони перебувають, іншій державі (на її вимогу) для притягнення їх до кримінальної відповідальності або для приведення у виконання обвинувального судового вироку, який набув чинності.

М.Черіф Бассіуні, проаналізувавши сучасний стан права видачі і практики його здійснення США визначає екстрадицію як процес, за яким, відповідно до договірних положень і передбачених обмежень одна держава просить іншу видати особу, звинувачену в кримінальному порушенні права держави, що зробила запит про видачу особи, яка знаходиться в межах юрисдикції запитуваної держави, з метою відбуття кримінального покарання, притягнення до суду або виконання вироку, ухваленного судом [1].

У порівнянні з іншими, визначення, запропоноване М.Ч. Бассіуні, хоча й правильно інтерпретує позицію США, проте є досить вузьким. Як заявляє С.Д. Беді, екстрадиція включає не тільки методи, якими держави здійснюють акти повернення біглого злочинця до держави, яка вимагає видачі, але і дії або процеси, якими одна суверенна держава, згідно з формальним запитом, готує до передачі іншій державі для судового слідства особу кримінального характеру, яка шукала притулок у межах її кордонів [2].

Загалом питання видачі злочинців регулюється як внутрішнім правом, так і міжнародними угодами – двосторонніми і багатосторонніми.

Першим законодавчим актом стосовно екстрадиції був Закон від 12 серпня 1848 р. [3]. Цей Закон встановив, що екстрадиція особи із США може бути здійснена тільки у відповідності до міжнародних договорів і встановив процедуру, якої повинні були дотримуватись судді і уповноважені особи.

З моменту прийняття і вступу в силу цього закону в США була прийнята ціла низка законів, що так чи інакше стосувались екстрадиції, наприклад: Закон від 22 червня 1860 р.(вимагав завірення документів) [4]; Закон від 3 березня 1869 р. (встановлював процедуру доставки заявленої особи із США в державу, що звернулася із запитом про видачу) [5]; Закон від 19 червня 1876 р. (дозволив використання завірених іноземних документів в якості доказів) [6]; Закон від 3 серпня 1882 р. (встановив вартість і плату за екстрадицію) [7]; Закон від 6 червня 1900 р. (встановив специфікацію злочинів, за які можлива екстрадиція і виключення, так звані політичні злочини) [8]; Закон від 28 червня 1902 р. (встановив стягнення плати з держави, що звернулася із запитом про видачу) [9]; Закон від 22 березня 1934 р. (встановив процедуру видачі з/в країни, території, що знаходяться під контролем США) [10]; Закон від 25 червня 1948 р. (кодифікував практику, яка не була кодифікована попереднім законодавством) [11]; Закон від 24 травня 1949 р. (встановив перелік злочинів, за які передбачено екстрадицію) [12]; Закон від 17 жовтня 1968 р. (замінив поняття „магістрат” на „комісар” у законах про екстрадицію) [13]. Як відмічає М. Черіф Бассіуні, в оригінальний закон про екстрадицію поступово вносились зміни десять разів [14].

Згідно з Законом про передачу іноземних злочинців (the Foreign Offenders Transfer Act) [15], індивід, який є громадянином Сполучених Штатів, може повернутися до Сполучених Штатів, щоб відбутися термін покарання, призначений іноземним судом за злочин, вчинений в іноземній державі. Першими двома головними рішеннями, що підтримали конституційність і дійсність угод про передачу ув'язнених та імплементаційного законодавства [16], були рішення по справах *Pfeifer v. United States Bureau of Prisons* [17] і *Rosado v. Civilett* [18].

Сполучені Штати розширили відносини з іншими країнами в області передачі ув'язнених, але всі договори, як і імплементаційне законодавство (*18 U.S.C. Sections 4100 et seq.*), вимагають, щоб передача здійснювалась за згодою як в'язня, так і обох держав – держави, що здійснює передачу, і держави, яка отримує в'язня. Така згода ув'язненого повинна супроводжуватися його відмовою від свого права на заперечення проти осудження, на підставі якого повинна бути здійснена передача. У результаті, передача ув'язнених за законом США і така практика *не можуть* розглядатися як альтернатива щодо екстрадиції, якщо тільки даний договір не робить передачу залежною від обставин згоди ув'язненого. У такому випадку, ув'язнений міг би передаватися в США для судового слідства або для виконання іншого покарання, призначеного йому в Сполучених Штатах, і його єдиним засобом захисту було б заперечення проти осудження за злочин, на підставі якого була здійснена передача, оскільки він не відмовлявся від свого права оспорити своє осудження. Це, однак, не робило б недійсним, (оскільки право США зараз стоїть на цьому), його затримання, судовий процес або ув'язнення в США на підставі судового рішення США [19]. Слід зазначити, якщо осудження стосується не федерального злочину, то передача ув'язнених повинна підлягати законодавству штатів США, що узаконює таку передачу [20].

Міжнародні та інші аспекти екстрадиції в праві і практиці США залишаються предметом періодичних дискусій і спорів [21] і представляють певний науковий інтерес. Мета цієї статті – дослідити юридичні підстави видачі злочинців, передбачені законодавством США, і висвітлити практику їх застосування. Це питання, на жаль, сьогодні мало вивчене у вітчизняній доктрині міжнародного права. Тому основну

увагу автор приділив праву США і творам зарубіжних учених, перш за все, американських, точніше, англійських. Серед авторів, які більш-менш повно займалися певними аспектами цієї проблеми, слід назвати, перш за все, таких учених, як: Б.Ф. Браун (Brendan F. Brown), М. Черіф Бассіуні (M. Cherif Bassiouni), Г. Гілберт (G. Gilbert), Л. Сі. Грін (L.C. Green), А.В. Лоу (A.V. Lowe), Д.Б. Мур (John B. Moore), О. Дж. Рогге (O. John Rogge), Сі. Станбрук (C. Stanbrook), Т. Стейн (T. Stein), Б. Сьюрт (B. Swart), Сі. Уорбрік (C. Warbrick), Л.А. Шерер (L.A. Shearer) та багато інших [22].

Згідно з правом США, видача правопорушників може бути запитана або надана тільки на підставі міжнародного договору, яким може бути: (а) двосторонній договір про видачу злочинців; (б) багатосторонній договір про видачу злочинців; (в) багатосторонній договір, що містить положення про видачу злочинців; (г) договір про видачу біженців іноземній державі; або (д) договір про передачу осуджених осіб, що містить також і положення про видачу злочинців.

У минулому США запитували або надавали видачу злочинців на підставі взаємності або ввічливості. Сьогодні ж, однак, США надають видачу тільки на підставі договору, хоча вони можуть і при нагоді надають видачу злочинців на підставі соміту [23]. Як результат, США неохоче застосовують звичаєве міжнародне право в якості підстави екстрадиції, проте коли вони це роблять, то тільки з договірною інтерпретацією. Класичним прикладом цього може бути рішення по справі *United States v. Rauscher*, в якому Верховний Суд відмітив, що „тільки сьогодні держави всього світу покладають на себе зобов'язання доставки утікачів від правосуддя до держав, де були вчинені ними злочини, для проведення слідства і їх покарання. Це здійснюється, загалом, за договорами... До укладення таких договорів, і поза ними.. не було ніяких чітких зобов'язань у держави, щодо доставки таких утікачів від правосуддя, до іншої держави, і хоча така доставка часто робилася, це відбувалося на підставі принципу ввічливості... [Це] ніколи не визнавалось серед зобов'язань одного уряду щодо іншого, що ґрунтувалось на принципах встановлених міжнародним правом” [24].

Сьогодні практика США залежить від названих міжнародних договорів і перш за все двосторонніх договорів про видачу злочинців. Проте ніщо в чинному праві США не забороняє використання багатосторонніх договорів про видачу як спеціалізованих, так і загальних договорів, що містять положення про видачу злочинців [25]. Проекти законів про видачу 1981-1984 рр., у визначенні терміна «договір» (стаття 3191), дозволяють використовувати багатосторонні договори, за виключенням угод, що укладаються главою виконавчої влади, так званих „президентських угод” (угод, що укладаються президентом з іноземною державою без схвалення сенатом). Хоча запропоновані проекти законів не були прийняті, ніщо сьогодні не завадить використовувати багатосторонні договори про видачу правопорушників.

Сполучені Штати Америки в якості юридичної підстави видачі правопорушників в основному використовують двосторонні договори [26], хоча, на думку М.Ч. Бассіуні, застосування багатосторонніх договорів є однаково надійним [27]. США вважають себе зв'язаними тільки такими договорами або зобов'язаннями про видачу, які вони можуть вибрати [28], і розглядають процес і практику видачі в якості предмета федерального законодавства. Майже виключне застосування США видачі злочинців на підставі двосторонніх договорів про видачу призводить до обтяжливої практики розробки таких договорів. Необхідність оновлення одних і укладення нових договорів призводить до майже постійного процесу ведення переговорів із цього питання. У результаті, практика Сполучених Штатів, будучи залежною від двосторонніх договорів, мала всі проблеми, що витікали з таких процесів, як наприклад, правонаступництво держав, наслідки війни, розрив дипломатичних відносин, і вічна дилема підтримки мережі договорів з більше ніж ста державами. Ці договори забезпечують детально всі питання екстрадиції від визначення злочинів, що є підставою для постановки питання про видачу до методів доставки утікача. Як заявлено в одному із судових рішень, договори про екстрадицію, звичайно, не визначають певні діяння в якості злочину. Вони просто передбачають засоби, за допомогою яких держава може одержати повернення для судового слідства або покарання осіб, осуджених або обвинувачених у вчиненні дій, які є злочинами під час їх здійснення і тих, хто ухилився від правосуддя держави, закони якої, були порушені [29].

Першим міжнародним договором у практиці США, в якому йшла мова про видачу, був договір США з Великобританією про дружбу, торгівлю і мореплавання, укладений 19 листопада 1794 р., [30] більше відомий як „договір Джея” [31]. Стаття 27 цього договору передбачала, що Великобританія і Сполучені Штати, за формальною письмовою вимогою, зобов'язані затримати і доставити всіх осіб, які звинувачуються у вбивстві або підробці документів, і знаходяться в межах їх юрисдикції, для здійснення правосуддя, за умови, що це повинно бути зроблено тільки при очевидності злочинності діяння, згідно з законами місця, де утікач або звинувачена особа будуть знайдені. Витрати такого затримання і доставки повинні бути внесені і сплачені тим, хто вимагає видачі і отримує утікача [32].

Договори про екстрадицію можуть розглядатися декларацією існуючих взаємовідносин або творчою незалежною основою цього процесу. Вибір теорії залежить від визначення її застосовності. Тому, якщо договір про екстрадицію розглядається як віддзеркалення взаємних відносин, то він може бути

анульований розривом дипломатичних відносин між державами-сторонами цього договору. Такою є позиція Сполучених Штатів [33].

Право США не має чіткого визначення виду договору, який може бути використаний в якості підстави для екстрадиції. Практика Сполучених Штатів, як уже вказувалось, залежить виключно від двосторонніх договорів, хоча ніщо не завадить використовувати багатосторонні договори в якості законної підстави для екстрадиції [34]. Існує два види багатосторонніх договорів, які можуть слугувати підставою для видачі: 1) договори, які мають справу виключно з екстрадицією, і 2) договори, що мають справу з міжнародними злочинами і зобов'язують сторони, що підписали документ, видати обвинуваченого або осужденого злочинця.

Сполучені Штати є учасником двох багатосторонніх договорів про видачу, а саме: Конвенції Монтевідео про екстрадицію від 26 грудня 1933 р. [35] і Міжамериканської конвенції про екстрадицію від 25 лютого 1981р. [36].

Конвенція Монтевідео за участю американських держав і США могла би слугувати законною підставою для видачі при відсутності двостороннього договору, але таким чином вона ще не використовувалася. Існує, проте, ціла низка багатосторонніх (неекстрадиційних) договорів про міжнародні злочини, які містять положення про екстрадицію [37], що дозволяє Сполученим Штатам та іншим державам-учасникам використовувати їх в якості заміни двосторонніх договорів. М. Черіф Бассіуні визначив 24 категорії міжнародних злочинів, які були передбачені в 315 міжнародних договорах у період з 1815 р. по 1988 р. Низка цих договорів містила положення згідно з яким сторони могли опиратися на положення про екстрадицію за цим договором за відсутності двостороннього договору [38]. Раніше цей автор визначив 22 категорії міжнародних злочинів [39]. З 1985 р., однак, декілька нових конвенцій вступили в силу і додали ще три нові категорії міжнародних злочинів, а саме: найманство, злочини проти міжнародного цивільного морського транспорту і злочини проти персоналу ООН і зв'язаного з нею персоналу. До міжнародних злочинів, які дозволяють вимагати екстрадицію, М. Черіф Бассіуні відносить такі злочини, як:

1. Агресія.
2. Воєнні злочини.
3. Протиправне використання, виробництво, накопичення певних видів забороненої зброї.
4. Злочини проти людяності.
5. Геноцид.
6. Апартеїд.
7. Рабство і пов'язана з рабством практика.
8. Тортури.
9. Незаконні експерименти над людьми.
10. Піратство.
11. Незаконні акти, спрямовані проти безпеки морського судноплавства.
12. Протиправний захват літаків, саботаж та інші злочини проти цивільної авіації.
13. Замах на осіб, які підлягають міжнародному захистові.
14. Захват заручників.
15. Протиправне використання пошти (з метою терору).
16. Незаконний оборот наркотичних засобів.
17. Руйнування і/або розкрадання національних скарбів і культурної спадщини.
18. Дії проти навколишнього середовища.
19. Розрив і пошкодження морських кабелів.
20. Розповсюдження порнографії.
21. Фальшування грошей.
22. Хабарництво іноземних офіційних осіб.
23. Крадіжка ядерного матеріалу.
24. Найманство.

25. Злочини проти персоналу ООН і зв'язаного з нею персоналу [40].

Хоча пануючою на сьогодні є думка, що Сполучені Штати надають або запитують видачу тільки згідно з договором, існують випадки, коли Сполучені Штати відхилялися від цієї практики. У цих випадках видача була надана або запитана на підставі *comity* (ввічливості) або взаємності.

Існує декілька описаних випадків, коли Сполучені Штати надавали видачу державі, що звернулася із запитом про видачу за відсутності договору [41]. Найбільш відомим випадком, мабуть, є справа *Arguelles*, яка була розглянута в 1864 р. [42] Аргуеллес, офіцер іспанської армії, був звинувачений в Іспанії в работоргівлі. Хоча Сполучені Штати не мали з Іспанією ніякого договору про екстрадицію, вони задовольнили прохання Іспанії про видачу на підставі ввічливості, тому що злочин був міжнародним. Державний Секретар обгрунтував це рішення наступним чином: „Відсутність будь-якого договору про екстрадицію між Сполученими Штатами та Іспанією, а також будь-якого акта Конгресу щодо визначення, яким чином утікачі від правосуддя в іспанських домініонах повинні доставлятися, визначає, що така екстрадиція з точки зору Державного Департаменту, може здійснюватись на підставі міжнародного права і Конституції Сполучених Штатів. Хоча існує колізія влад, що стосується доцільності застосування принципу *comity* до уряду іноземної держави у випадку видачі, за її запитом одного із її власних громадян, звинувачених у здійсненні злочину в межах території іноземної держави, і хоча можна допустити, що не існує національного зобов'язання здійснити таку видачу за запитом, якщо тільки це не встановлено договором або статутним правом, держава ніколи не зобов'язана надавати притулок небезпечним злочинцям, які вчинили злочин проти роду людського; і віриться, якщо, так чи інакше, ввічливість могла б з пристойністю практикуватися, то першим, зрозуміло, що викличе її застосування, буде саме такий випадок” [43].

Не так давно третя виїзна судова сесія в справі *Saroop v. Garcia* використала принцип *comity*, щоб визначити дійсність договору про екстрадицію між Тринідадом і Тобаго і США [44]. Саруп, громадянка Тринідаду і Тобаго, була звинувачена в Сполучених Штатах у незаконній торгівлі наркотиками і злочинній змові. У свій захист, Саруп заявила, що договір про екстрадицію між Сполученими Штатами і Великобританією, підписаний у 1931 р., не був ніколи ратифікований Тринідад і Тобаго; таким чином, Сполучені Штати не мають чинного договору в якості правової підстави для її екстрадиції [45]. Щоб визначити чинність договору про екстрадицію, Третя виїзна судова сесія спиралася на рішення Верховного Суду Тринідаду і Тобаго, згідно з яким Закон про екстрадицію кваліфікується як один із існуючих законів колонії Тринідад і Тобаго негайно з моменту вступу його в дію [Закон 1962] [46].

Верховний Суд чітко встановив, що договір про екстрадицію був інкорпорований у право Тринідаду і Тобаго, і, таким чином, є обов'язковим для Саруп. Визнаючи, що доктрина «ввічливості не досягає сили зобов'язання», Третя виїзна судова сесія заявила, що “[*comity*] створює сильну презумпцію на користь визнання зарубіжних судових рішень [47]. У результаті, Третя виїзна судова сесія визнала чинність договору про екстрадицію між Сполученими Штатами і Тринідадом і Тобаго, засновану на рішенні Верховного Суду, і відвертому намірі і діях двох країн, які зв'язані договором про екстрадицію [48].

Хоча Сполучені Штати рідко надавали видачу на підставі ввічливості або взаємності, при нагоді запит про видачу на цих підставах може мати місце. Звичайно, запит США на підставі ввічливості майже завжди пов'язаний з оглядкою на те, чи зможуть Сполучені Штати здійснити видачу цій державі за відсутності договору [49]. Сполучені Штати, вдалися до цієї підстави, щоб доповнити договірні відносини, коли відповідний договір про екстрадицію не включає в якості належного для видачі злочин, за яким звинувачується запитувана для видачі особа. Наприклад, у справі *Fiocconi v. Attorney General of United States* [50], Італія видала запитувану особу в Сполучені Штати на підставі *comity*, хоча запит Сполучених Штатів про видачу не був заснований на договорі про екстрадицію з Італією, тому що цей договір не включав такий злочин, як злочинна змова імпортувати героїн, злочин, за яким була запитана видача [51]. Проте Італія надала видачу і передала запитувану особу до США [52]. Сполучені Штати також застосовували принцип *comity* як підставу для свого запиту, коли вони звернулись з проханням до Лівану видати особу для покарання за незаконне розповсюдження наркотиків, оскільки в той час не існувало договору про екстрадицію між США і Ліваном [53]. Подібно цьому Сполучені Штати Америки запитували Італію видати на підставі принципу *comity* Сема Паккарді, звинуваченого в контрабанді наркотиків, тому що договір про екстрадицію не включав цього злочину до переліку злочинів, за які здійснювалася видача злочинців [54].

У декількох випадках, що відбулися в XII столітті, Сполученими Штатами була запитана видача злочинців з гарантією, що вона буде взаємною, навіть якщо Сполучені Штати не матимуть ніякого договору про екстрадицію із державами, до яких було зроблено запит. Прикладом такої практики може бути звернення США до Іспанії в 1855 р. про екстрадицію особи, що звинувачувалася у вбивстві в Нью-Йорку. У цьому зверненні відмічалось, що видача «розглядатиметься як акт ввічливості, що оцінюється і здійснюється на засадах взаємності» [55].

Так само, у 1878 р., коли Сполучені Штати запитали в Португалії видачу індивіда, який звинувачувався в привласненні майна обманним шляхом у Сполучених Штатах Америки [56], португальський уряд відповів, що готовий виконати прохання, якщо будуть надані відповідні документи, і виразив надію, що «якщо португальському уряду в будь-який час доведеться звернутися до уряду Сполучених Штатів з подібним запитом, те ж саме буде зроблене з рівною доброю волею» [57]. Уряд Сполучених Штатів відповів, що «таке звернення він зустріне з однаково швидкою і ефективною відповіддю. «Ми ясно усвідомлюємо проявлену ввічливість португальським урядом у даному випадку, і не зазнаємо невдачі, щоб надати подібний доказ своїх добрих почуттів до будь-якого подібного запиту» [58]. Запитана особа була видана Сполученим Штатам Америки. Ці зобов'язання взаємності мають сумнівну правову переконливість за відсутності договору. Доказом цього є факти того, що в 1833 р. і 1888 р., коли португальський уряд звернувся із проханням до США видати утікача і послався на справу, обговорювану вище, Сполучені Штати заявили, що США відмовляються від видачі на тій підставі, що не існує ніякого договору між Португалією і Сполученими Штатами [59].

Слід зазначити, однак, що Сполучені Штати не відмовляються від інших форм домовленостей *ad hoc*, щоб забезпечити видачу за відсутності формального договору. Таким прикладом є справа з Єгиптом, коли, як мінімум в одному випадку, США застосували так званий «лист взаєморозуміння» (*«letter of understanding»*), щоб одержати видачу громадянина Ізраїлю, арештованого в Єгипті за запитом уряду Сполучених Штатів [60]. Як свідчить практика, Сполучені Штати не були здатні видати будь-кого зі своєї країни на такій підставі, оскільки це порушило б Section 3183 Title 18, що вимагає договору як вихідної умови екстрадиції [61].

Як альтернативну підставу екстрадиції Сполучені Штати розглядають так звані угоди про статус збройних сил (Status of Forces Agreements) (у подальшому, SOFAs), [62], хоча практику видачі в цьому випадку не відносять до екстрадиції. SOFAs представляє собою угоду між Сполученими Штатами та іноземною державою, на території якої дислоковані збройні сили Сполучених Штатів щодо, *inter alia*, кримінальної юрисдикції, яку приймаюча держава може мати над військовослужбовцем Збройних Сил США, який нібито брав участь у кримінальному злочині, що мав місце в цій державі. Типова угода SOFAs забезпечує Сполученим Штатам пріоритетне право притягати звинуваченого військовослужбовця або цивільного працівника військової бази до кримінальної відповідальності, якщо злочин було вчинено в місці офіційного виконання службових обов'язків, або якщо злочин був направлений проти власності або особи (військовослужбовця, цивільного працівника) військової бази США. Усі інші злочини, з другого боку, знаходяться в межах пріоритетної кримінальної юрисдикції держави місцезнаходження військової бази. Кожна держава може, однак, відмовитись від своєї пріоритетної юрисдикції на користь іншої держави-сторони угоди [63].

SOFAs також формулюють положення щодо процедури видачі. Звичайно, військовослужбовець США, який звинувачується в скоєнні злочину в державі перебування, буде утримуватися ув'язненим Збройними Силами США, поки не буде винесено вирок судом держави-перебування. Затримання військовими властями Сполучених Штатів засноване на Єдиному кодексі військової юстиції (the Uniform Code of Military Justice) [64]. Засуджений військовослужбовець доставляється військовими властями США до держави-перебування для відбування покарання, встановленого судом [65].

Видача члена Збройних Сил США для іноземного судового переслідування згідно з угодою про статус збройних сил була підтримана Верховним Судом США [66]. Четверта візна сесія розглядала повернення колишнього військовослужбовця в Західну Німеччину для кримінального переслідування згідно з Угодою про статус збройних сил НАТО. За цією угодою, США зберігають юрисдикцію тільки над тими злочинами, що здійснені військовослужбовцями на військовій базі США, або які зв'язані з виконанням службових обов'язків. Німеччина могла, таким чином, вимагати здійснення правосуддя над Пластером за вбивство. Однак договір дозволяв Німеччині відмовитись від своєї юрисдикції на користь США.

У 1959 р. Сполучені Штати і Німеччина підписали Додаткову Угоду до Договору *SOFA* [67]. Ця угода передбачала, *inter alia*, що Німеччина автоматично відмовляється від своєї юрисдикції на користь військових судів Сполучених Штатів за запитом США. Німеччина могла відкликати свою відмову тільки шляхом нотифікації Сполучених Штатів протягом 21 дня з моменту отримання запиту про відмову.

Пластер, військовослужбовець, підозрювався у вбивстві в Німеччині, але втік до Сполучених Штатів. Відбуваючи тюремне ув'язнення за вбивство, здійснене в штаті Вісконсін, Пластер зізнався у вбивстві в Німеччині. США формально попросили Німеччину відмовитись від юрисдикції. Німеччина наполягала на здійсненні суду над Пластером та іншим військовослужбовцем за вбивство в Німеччині американським військовим судом, але не відкликала своєї відмови. Армія представила формальні звинувачення військового суду проти Пластера та іншого військовослужбовця. Згодом Армія припинила своє судове переслідування, коли Верховний Суд передавав визначення Міранди, тому передача визнавалась потенційно неприпустимою. У решті решт Армія пообіцяла надати Пластеру транснаціональний імунітет

від судового переслідування за вбивство в Німеччині, якщо він погодиться свідчити проти іншого військовослужбовця [68].

Особливо значимою справою, у цьому плані, є справа *Holmes v. Laird* [69]. У цій справі американські військовослужбовці, розташовані в Німеччині, звернулись із проханням у федеральний суд США заборонити їх видачу до Німеччини для відбування кримінальних покарань, призначених їм німецькими судами. Військовослужбовці були звинувачені в спробі звалтування і пов'язаних із цим злочинів, здійснених у Німеччині. Незадовго до оголошення німецького апеляційного рішення, підтверджуючого їх звинувачення, вони залишили Західну Німеччину без дозволу і повернулися до Сполучених Штатів, де через деякий час здалися властям Армії США і ініціювали тяжбу у федеральному окружному суді, щоб перешкодити їх видачу до Німеччини. Вони вимагали, перш за все, визнати їх звинувачення німецьким судом недійсними, оскільки німецький суд не зміг забезпечити процедурні гарантії, сформульовані у відповідній угоді про статус збройних сил.

Федеральний суд відкинув ці вимоги на тій підставі, що не існує повноважень переглядати обґрунтованість рішень німецьких судів. У постанові цього висновку суд спирався на рішення по справі *Neely v. Henkel* [70], у якій громадянин Сполучених Штатів заявив, що федеральний закон, що санкціонував видачу згідно з договором, є антиконституційним, тому що він не в змозі забезпечити обвинуваченому, якого видають іноземній державі для проведення судового слідства і покарання, ті конституційні права, які забезпечені в Сполучених Штатах. Суд по справі *Holmes* відзначив, що відмова в позові судом по справі *Neely* була зумовлена тим, що видача громадянина США, що вимагається за договором з метою іноземного кримінального переслідування, незачеплена відсутністю в зарубіжній судовій системі гарантій в усіх відношеннях, еквівалентних до тих, що конституційно встановлені в американському судовому процесі. „Ми не віримо, що [це] положення було роз'їдене часом, ні в те, що легкі фактичні відмінності між досудовою видачею там і видачею після осудження тут усуває поточну ситуацію зі сфери *Neely's*. Ми робимо висновок, що Конституція не створює *ніяких* бар'єрів для видачі тих, хто подав апеляцію до Федерації” [71].

Рішення по справі *Holmes* демонструє схожість між угодами SOFAs і договорами про екстрадицію. Хоча ці договори дуже подібні в деяких відношеннях, є декілька важливих відмінностей між ними [72]. Наприклад, угоди SOFAs не вимагають судової ухвали військового трибуналу Сполучених Штатів перед видачею співвітчизника до держави перебування, і не дозволяють виконавчій владі Сполучених Штатів використовувати дискреційні повноваження для відмови у видачі [73]. Обидва ці положення звичайно входять у договори про видачу, однак, і вимагаються правом Сполучених Штатів [74].

Крім того, угоди SOFAs загалом охоплюють повний ряд злочинної поведінки, що дозволяє країні-господарю здійснювати первинну юрисдикцію [75]. Договори про екстрадицію, з іншого боку, застосовні тільки щодо тих кримінальних злочинів, які особливо перераховані в договорі [76]. До того ж, хоча договір про видачу може заборонити державі видачу її власних співвітчизників для судового переслідування особи в іноземній державі, угода SOFAs може, проте, не дозволяти такої видачі, якщо обвинувачений увійшов до складу збройних сил військовослужбовцем або цивільним працівником збройних сил, коли інкримінований злочин було вчинено в державі перебування військового контингенту [77].

Один із коментаторів відзначив очевидність того, що „видача може бути повністю неефективною в багатьох випадках, де особа, яка підпадає під угоду SOFAs, ухитряється залишити державу-перебування перед тим, як їй буде інкриміновано вчинення злочину цією державою. Деякі справи можуть розв'язуватися здійсненням юрисдикції США (якщо така існує), оскільки угоди SOFAs не забороняють такого за межами держави-перебування. Труднощі отримання свідків можуть, проте, робити цю можливість практично неефективною. Оскільки Сполучені Штати слідує принципу, що особа не видаватиметься до іноземної держави за відсутності договірної зобов'язання, або статутного уповноваження, і є відсутнім будь-який статут, що тепер дозволяє видачу будь-якій країні-учасниці угоди SOFAs, будь-яка вимога повернути збіглого індивіда до держави-перебування повинна бути знайдена” [78].

В історії Сполучених Штатів були випадки, коли за військової присутності США в іноземній державі або території і при відсутності договору здійснювалась видача [79]. Видача в цих випадках підлягала законодавству США про видачу [80]. Законодавчі акти, що санкціонували видачу індивідів із території або на територію, що знаходилася під військовим контролем Сполучених Штатів, з метою проведення судового переслідування або покарання, замінюють договір про видачу як законну підставу для такої видачі [81]. Такі справи, звичайно, є абсолютно винятковими, оскільки Сполучені Штати при нагоді укладали угоди SOFAs з державами, в яких були розташовані ці війська.

Застосування військового персоналу США в миротворчих операціях ООН ґрунтується на «контракті» між Сполученими Штатами і ООН. Тому, військовий персонал США *не може* отримувати вигоди із Конвенції про права та імунітети ООН [82]. Виходячи із сучасного стану речей, військовий персонал

Сполучених Штатів залишається під військовою юрисдикцією Сполучених Штатів і застосовує Єдиний кодекс військової юстиції. Мабуть, закон, який застосовується до їх видачі із Сполучених Штатів, є тим самим, що і для цивільного населення, але до нього ніколи не зверталися ні офіційна політика Сполучених Штатів, ні суди США при прийнятті рішень.

Таким чином, дане дослідження надає право стверджувати, що юридичними підставами видачі злочинців, згідно з правом США, може бути як національне законодавство, так і міжнародний договір: (а) двосторонній договір про видачу злочинців; (б) багатосторонній договір про видачу злочинців; (в) багатосторонній договір, що містить положення про видачу злочинців; (г) договір про видачу біженців іноземній державі; або (д) договір про передачу осуджених осіб, що містить також і положення про видачу злочинців. У деяких випадках екстрадиція може бути запитана і/або надана на підставі *comity* (ввічливості) і взаємності.

Враховуючи велике теоретичне і, особливо, практичне значення, потребують більш глибокого і повного дослідження кожна окремо взята підстава видачі злочинців згідно з правом і практикою США.

ЛІТЕРАТУРА

1. Подібний підхід до визначення екстрадиції можна знайти в інших виданнях і прецедентах, див.: 6 Marjorie Whiteman. Digest of International Law (1968), (hereinafter 6 Whiteman. Digest), at 727-28. See also: *Terlinden v. Ames*, 184 U.S. 270 (1902).
2. Satya D. Bedi, Extradition in International Law and Practice 15-16 (1968).
3. Act of August 12, 1848. Ch. 167, 9 Stat. 302.
4. Act of June 22, 1860, Ch. 184, 12 Stat. 84.
5. Act of March 3, 1869, Ch. 141, §§ 1-3, 15 Stat. 337.
6. Act of June 19, 1876, Ch. 133, 19 Stat. 59.
7. Act of August 3, 1882, Ch. 378, §§ i-6, 22 Stat. 215.
8. Act of June 6, 1900, Ch. 793, 31 Stat. 656.
9. Act of June 28, 1902, Ch. 1301 (judicial), 32 Stat. 419, 475.
10. Act of March 22, 1934, Ch. 73, §§ 1-4, 48 Stat. 454.
11. Act of June 25, 1948, Ch. 645, 62 Stat. 822.
12. Act of May 24, 1949. Ch. 139. 63 Stat. 96.
13. Act of October 17, 1968, 82 Stat. 1115. Pub. L. No. 90-578, tit. 111, § 301 (a)(3)
14. See M. Cherif Bassiouni. International Extradition: United States Law and Practice. Fourth Edition. New York, 2002.-P.71; See also M. Cherif Bassiouni. Extradition, Reform Legislation in the United States: 1981-83, 17 Akron Law Review 495 (1984).
15. 18 U.S.C. §§ 4100-4115 (1988); see also M. Cherif Bassiouni, *Transfer of Prisoners: Policies and Practices of the United States*, in Bassiouni, II International Criminal Law (1999) 239.
16. (18 U.S.C. §§ 4100 *et seq.*)
17. 615 F.2d 873 (9th Cir.). cert. denied. 447 U.S. 908 (1980).
18. 621 F.2d 1179 (2d Cir.), cert. denied. 449 U.S. 856 (1980).
19. See: 18 U.S.C. §§ 4100-4115 (1988); see also M. Cherif Bassiouni, *Transfer of Prisoners: Policies and Practices of the United States*, in Bassiouni, II International Criminal Law (1999), 239. (Бассіуні цитує численні вислови державних органів із питання передачі ув'язнених і перелічує двосторонні договори США і Європейську конвенцію про передачу осуджених в'язнів від 21 березня 1983 р. [See: Treaty Series No. 112], ратифіковану США в 1984 р., таким чином, зв'язуючи США з низкою європейських держав, що ратифікували цю конвенцію.
20. Наступні штати США прийняли таке законодавство: Аляска, Арізона, Каліфорнія, Колорадо, Флоріда, Гавайї, Іллінойс, Індіана, Канзас, Меріленд, Массачусетс, Мічиган, Міннесота, Міссурі, Монтана, Небраска, Невада, Нью-Джерсі, Нью-Мексико, Нью-Йорк, Північна Дакота, Оклахома, Орегон, Південна Кароліна, Південна Дакота, Техас, Юта, Вірджинія, Вашингтон, Вісконсін і Вайомінг.
21. See: *Symposium, International Law and Extradition*, 16 N.Y.L.F. 315-525 (1970) [hereinafter *Symposium*]. Compare Alona E. Evans, *Legal Bases for Extradition in the United States*, 16 N.Y.L.F. 525

- (1970)• with Brendan F. Brown, *Extradition and the Natural Law*, 16 N.Y.L.F. 578 (1970) and O.John Rogge, *Staff Succession*, 16 N.Y.L.F. 378 (1970). See also M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: A Summary of the Contemporary American Practice and a Proposal*, 39 *Revue Internationale de Droit Penal* 494 (1968), reprinted in 15 *Wayne L. Rev.* 733 (1968); Edward M. Wise, *Prolegomenon to the Principles of International Criminal Law*. 16 N.Y.L.F. 562 (не погоджуючись із позицією Еванса і Рогге, але будучи послідовним своїй точці зору, вираженій у *Some Problems of Extradition*, 39 *Revue Internationale de Droit Penal* 518 (1968), reprinted in 15 *Wayne Law Revue.* 709 (1969)).
22. Див., наприклад: John B.Moore. *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition* (1891); Brendan F. Brown, *Extradition and the Natural Law*, 16 N.Y.L.F. 578 (1970); O.John Rogge, *Staff Succession*, 16 N.Y.L.F. 378 (1970); M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002.; A.V. Lowe/C. Warbrick, *Extraterritorial Jurisdiction and Extradition*, ICLQ 36 (1986), 398-423; LA. Shearer, *Extradition in International Law*, 1971; I. Stanbrook/C. Stanbrook, *The Law and the Practice of Extradition*, 1980; L.C. Green, *Terrorism, the Extradition of Terrorists and the 'Political Offence' Defence*, GYIL 31 (1988), 337-71; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, 1991; B. Swart, *Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition*, NYIL 23 (1992), 175—222; Y. Dinstein, *Some Reflections on Extradition*, GYIL 36 (1993), 36-59; G. Gilbert, *Extradition*, ICLQ 42 (1993), 442 et seq.; T. Stein, *Extradition Treaties*, *ibid.*, 334-7.
 23. Див.: M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002. – Sec. 3.4.
 24. *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); see also *Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S.276(1933). *Elcock v. United States*, 80 F. Supp 2d 70 (E.D.N.Y. 2000); *United States v. Fernandez-Morris*, 99 F-Supp 2d 1358 (S.D. Fla. 1999).
 25. Див.: M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002. – Ch. 1, Sec 5. 3 & 4.
 26. See: 6 *Whiteman. Digest*, at 732-737; see also *Restatement (Third) Foreign Relations Law On The United States* (1987) § 476; *International Procedures for the Apprehension and Rendition of Fugitive Offenders*, 1980. *Proceedings Of The American Society International Law*, 277 (remarks of M. Cherif Bassiouni).
 27. Див.: M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002. – Sec. 3.3.
 28. See: 6 *Whiteman. Digest*, at 732-737. M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law* 309, 317. 327, 325 (2d ed. 1999).
 29. 6 *Whiteman. Digest*, at 753.
 30. *The Treaty of Amity, Commerce and Navigation with Great Britain* (hereinafter *Jay's Treaty*), Nov. 19, 1794. [1795] 8 Stat. 116, T.S. No. 105, reprinted in *Malloy*; see also Samuel F. Bemis, *Jay's Treaty: A Study in Commerce and Diplomacy* (2d ed. 1965) (hereinafter *Bemis. Jay's Treaty*). Про обговорення цього договору і його застосування для екстрадиції, див.: John B.Moore. *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition* (1891), at 90.(hereinafter *Moore, Extradition*).
 31. Автором цього документа в дійсності був А.Гамільтон
 32. *Jay's Treaty*, art. 27, reprinted in *MALLOY*.
 33. See: 6 *Whiteman Digest* (1968), at 769; 4 *Green Haywood Hackworth. Digest of International Law* 37; see also: M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002. – Sec. 2.
 34. See *Senate Judicial Hearings on S.1639*. Стаття 3199(a)(2) визначає „договір” як діючі і майбутні багатосторонні договори, ратифіковані Сенатом США.
 35. Конвенція Монтевідео про екстрадицію, підписана в Монтевідео 26 грудня 1933 р. Див.: 49 Stat. 3111. T.S. No. 882.
 36. Прийнята в Каракасі, 25 лютого 1981 р. Див.: O.A.S. Doc. OEA/Ser.A/36(SEPF), reprinted in 20 *ILM*. 723 (1981).
 37. M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition.New York, 2002. – Ch. 1, sec. 3.
 38. See: M. Cherif Bassiouni, *Draft Statute International Criminal Tribunal*, 9 *Nouvelles Etudes Penales* (1992).

39. See: Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions* (1997) [hereinafter Bassiouni, ICL Conventions].
40. M. Cherif Bassiouni, *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework. in I International Criminal Law* (1999).
41. See Moore, *Extradition*, at 33-35 (discussing the *Arguelle's* case); 6 Whiteman. Digest, at 744-45 (discussing the *Koveleskie* case).
42. See Moore, *Extradition*, at 33 – 35.
43. *Id.* at 35.
44. *Saroop v. Garcia*. 109 F.3d 165 (3d Cir. 1996).
45. See Moore, *Extradition*, at 167.
46. *Id.* at 169.
47. *Id.* at 169.
48. *Id.* at 171.
49. Про ранні випадки здійснення США екстрадиції на підставі *comity* див.: Moore, *Extradition*, at 41-42.
50. 462 F.2d 475 (2d Cir. 1972).
51. 51 Див.: M. Cherif Bassiouni. *International Extradition: United States Law and Practice*. Fourth Edition. New York, 2002. – Ch. VII.
52. See: *United States v. Accardi*, 241 F. Supp. 119 (S.D.N.Y. 1964)
53. See *United States v. Paroutian*, 299F. 2d 486 (2d Cir. 1962), *aff'd on other grounds*. 319 F.2d 661 (2d Cir. 1963), cert. derlj, d. 375 U.S. 981 (1964).
54. See *United States v. Accardi*, 241 F. Supp. 119 (S.D.N.Y. 1964), *aff'd*. 342 F.2d 697 (2d Cir.), cert. denied. 382 U.S. 954 (1965)' see also Alona Evans, *Legal Bases of Extradition in the United States*. 16 N.Y.L.F. 525. 532-33 (1970). Про позицію співдружності, див.: Ivan A. Shearer. *Extradition Without a Treaty*. 49 Australian Law Journal 116 (1975).
55. See: 1 Moore, *Extradition*, at 43 (Обговорення справи *the Baker*).
56. *Id.* at 43-45 (Обговорення справи *Angell*).
57. *Id.* at 45.
58. *Id.*
59. *Id.*
60. See: *United States v. Levy*, 947 F.2d 1032 (2d Cir. 1991); *United States v. Levy*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 6332 (E.D.N.Y. May 8, 1991); *United States v. Levy*, 1994 U.S. App. LEXIS 13380 (2d Cir. June 3, 1994).
61. See, e.g., *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886).
62. James R. Coker, *The Status of Visiting Military Forces in Europe: NATO-SOFA.A Comparison. in A Treatise on International Criminal Law* 115 (M. Cherif Bassiouni and Ved. P.Nanda, eds., 2 vols. 1973).
63. See, e.g., Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces (NATO SOFA), June, 19 1951' 4 U.S.T. 1792, T.I.A.S. No. 2846, art. VII; see also William J. Norton, *United States Obligations Under Status of Forces Agreements: A New Method of Extradition?*, 5 Georgia Journal of International and Comparative Law (1975).
64. 10 U.S.C. §810 (1994).
65. See: William J. Norton, *United States Obligations Under Status of Forces Agreements: A New Method of Extradition?*, 5 Georgia Journal of International and Comparative Law. (1975), at 17-18.
66. See *Wilson v. Girard*, 354 U.S. 524 (1957). See also: *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir.), cert. denied. 409 U.S. 869 (1972); *Williams v. Rogers*, 449 F.2d 513 (8th Cir. 1971)- cert. denied, 405 U.S. 926 (1972); *Cozart v. Wilson*, 236 F.2d 732 (D.C. Cir.), vacated. 352 U.S. 884 (1956); *United States ex rel. Stone v. Robinson*, 309 F. Supp. 1261 (W.D. Pa.), *aff'd*, 431 F.2d 548 (3d Cir. 1970); *Smallwood v. Clifford*, 286 F. Supp. 97 (D.D.C. 1968). В справі *Plaster v. United States*, 720 F.2d 340 (1983).
67. July 1, 1963, T.I.A.S. № 5351.

68. See: *Miranda v. Arizona*, 396 U.S. 868 (1969).
69. 459 F.2d 1211 (D.C. Cir.1, cert. *deiried.* 409 U.S. 869 (1972).
70. 180 U.S. 109 (1901).
71. *Holmes*, 459 F.2d at 1210.
72. See generally William J. Norton, *United States Obligations Under Status of Forces Agreements: A New Method of Extradition?*, 5 Georgia Journal of International and Comparative Law. (1975), at 17-18.
73. *Id.* at 26.
74. 18 U.S.C. § 3184 *ft seq.* (1988).
75. See William J. Norton, *United States Obligations Under Status of Forces Agreements: A New Method of Extradition?*, 5 Georgia Journal of International and Comparative Law. (1975), at 26.
76. *Id.* at 39-40.
77. *Id.* at 26-27.
78. *Id.* at 27.
79. See *Neely v. Henkel*, 180 U.S. 109 (1901); See also *United States v. Fernandez-Morris*, 99 F. Supp 2d 1358 (S.D. Fla. 1999) *In re Kraussman*, 130 F. Supp. 926 (D.C. Conn. '955);4 Hackworth Digest, at, 16-19, 22; 1 Whiteman. Digest, at 745-46.
80. U.S.C. §§ 3183, 3185 (1994).
81. See *Sayne v. Shipley*, 418 F.2d 679 (5th Cir. 1969); *United States ex rel Martinez-Angosto v. Mason*, 232 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1964); *United States ex rel. Perez-Varela v. Esperdy*, 187 F. Supp. 378 (S.D.N.Y. 1960). *Aff'd.* 285 F.2d 723 (2d Cir. 1960).
82. Convention on the Privileges and Immunities of the U.N., 21 U.S.T. 1418, T.I.A.S. No. 6900, 1 U.N.T.S. 16 (entered into force Sept. 17, 1946).

УДК 343.359.3 (477)

ВИЗНАЧЕННЯ КОНТРАБАНДИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ І ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Онищенко В.В., ст.викладач, Рябчий Г.І., курсант

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Статтю присвячено визначенню поняття контрабанди як на основі вітчизняного кримінального Закону, так і кримінального законодавства деяких зарубіжних країн. Особливу увагу автори приділяють дослідженню видів предметів контрабанди, деяким особливостям об'єктивної сторони цього діяння та структурній побудові статей, які передбачають кримінальну відповідальність за цей злочин. На основі цього дослідження та проведення порівняльного аналізу авторами зроблені певні висновки щодо характеристики кримінального законодавства стосовно досліджуваного питання, також висунуті пропозиції по внесенню змін до статті 201 КК України щодо її побудови та предметного змісту, підвищення ефективності співпраці державних органів тощо.

Ключові слова: контрабанда, предмет контрабанди, митний кордон.

Онищенко В.В., Рябчий Г.И. ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОНТРАБАНДЫ В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ / Днепропетровский государственный университет внутренних дел, Украина

Статья посвящена определению понятия контрабанды как на основе отечественного уголовного Закона, так и уголовного законодательства некоторых зарубежных стран. Особое внимание авторы уделяют изучению видов предметов контрабанды, некоторым особенностям объективной стороны этого деяния и структурному построению статей, которые предусматривают уголовную ответственность за данное преступление. На основании этого изучения и проведения сравнительного анализа авторами сделаны некоторые выводы по характеристике уголовного законодательства по изучаемому вопросу, также выдвинуты предложения по внесению изменений в статью 201 УК Украины относительно её построения и предметного содержания, повышения эффективности сотрудничества государственных органов.

Ключевые слова: контрабанда, предмет контрабанды, таможенная граница.

Onischenko V.V., Rabchiy G.I. DEFINITION OF THE SMUGGLING IN CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE AND FOREIGN EXPERIENCE / Dnepropetrovkiy State University of internal affairs, Ukraine

The article aims to define the concept of the smuggling based on the analysis of national criminal law and criminal legislation of some foreign countries as well. The author pays much attention to research of kinds of smuggling subjects, to some peculiarities of the objective side of this act, and to the structure of articles which provide criminal responsibility for this crime. The author made some conclusions concerning current legislation in the named sphere based on this research; the author also proposed to make alterations to the article 201 of the Criminal Code of Ukraine concerning its structure and subject contents; it is proposed to increase the efficacy of state bodies' cooperation also.

Key words: smuggling, subject of smuggling, customs border.

Найважливішу роль у сфері забезпечення економічних інтересів держави відіграє митна служба – один із базових інститутів економіки, адже 40% бюджету нашої держави складається з результатів роботи цієї служби, що сприяє вирішенню економічних проблем. Злочинність у сфері зовнішньоекономічної діяльності продовжує залишатися дестабілізуючим фактором суспільного розвитку, а її масштаби представляють реальну загрозу для розвитку економічних реформ. Один із найбільш небезпечних видів злочинів у цій сфері – контрабанда. За умов ринкової економіки контрабанда є одним із злочинів, які мають підвищену суспільну небезпечність, оскільки посягає на встановлений порядок переміщення через митний кордон України матеріальних цінностей і може завдати збитків економіці держави, її культурній спадщині, сприяти розширенню тіньового сектора економіки, а в окремих випадках поєднується із вчиненням інших тяжких злочинів – розповсюдженням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, зброї, вибухових, отруйних речовин. Контрабандний вивіз сировинних стратегічних ресурсів і неконтрольований ввіз екологічно шкідливих відходів є для безпеки України значною загрозою. При споживанні контрабандних недоброякісних, небезпечних для життя або здоров'я споживчих товарів небезпеці також піддається населення країни. Поряд із цим несплата митних платежів, що супроводжує контрабандні операції, безпосередньо пов'язана з ненадходженням коштів до бюджету і підривом економічних засад управління державою.

Актуальність дослідження полягає у тому, що положення нового Кримінального кодексу (далі – КК) України не справили очікуваного впливу на вдосконалення чинного законодавства, тому виникають певні непорозуміння стосовно практичного застосування його положень, зокрема, статті 201 КК України. Нинішня, запропонована законодавцем, структуризація контрабанди, як злочину, у диспозиції статті нечітко визначена і потребує вдосконалення і на появу нової диспозиції одразу ж відгукнулася низка науковців зі своїми поглядами та пропозиціями. Постає також питання про доречність структурного розміщення в ній груп предметів з урахуванням їх суспільної небезпеки та спорідненості за якостями.

Метою дослідження є аналіз і класифікація контрабанди як такої в законодавстві інших країн, узагальнення законодавчої бази, і визначення на цій основі місця предметів, що розглядаються, у структурі кримінально-правової норми. Наукова новизна дослідження полягає у спробі визначення найдоцільнішого варіанта досліджуваної статті.

Як свідчать історичні джерела, контрабанда – явище давнє. Про неї згадується у давньогрецьких та римських джерелах. У середині XX сторіччя слово *kontrabandos* слугувало для визначення товарів, які заборонені та підлягають конфіскації.

Згідно з розділом 7 „Злочини у сфері господарської діяльності”, ч.1 ст.201 чинного КК України, контрабанда – це переміщення товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, вчинене у великих розмірах, або незаконне переміщення історичних та культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, радіоактивних або вибухових речовин, зброї та боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї), а так само контрабанда стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України (наявність яких при контрабанді не потребує великих чи особливо великих розмірів, авт.), – карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років із конфіскацією предметів контрабанди. Частина 2 цієї статті визначає кваліфікуючі ознаки цього діяння, а саме: вчинення контрабанди за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, що карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років із конфіскацією предметів контрабанди та конфіскацією майна [1, 71]. Примітка до статті роз'яснює термін „великі розміри” контрабандних товарів – коли їх вартість у 1000 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (131000 грн. станом на 2005 рік, авт.).

Своєю суспільною небезпечністю контрабанда відома національному праву багатьох держав. Наприклад, статтею 188 КК Російської Федерації контрабанда віднесена до розділу „Злочини в сфері економічної діяльності” і характеризується як: „переміщення у великому розмірі через митний кордон РФ товарів або інших предметів, за винятком тих, які вказані у ч.2 цієї статті, вчинене поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, або з неправдивим використанням документів або засобів митної

ідентифікації, або поєднане з недекларуванням чи недостовірним декларуванням, – карається штрафом у розмірі від 100 до 300 тисяч рублів або в розмірі заробітної плати або іншого прибутку засудженого за період від одного року до двох років (із змінами до КК РФ від 2003 року, авт.) або позбавленням волі на строк до п'яти років”.

У ч.2 цієї статті російський законодавець, на відміну від українського, де предмети контрабанди перелічені в складі однієї диспозиції, дає перелік предметів, за які встановлюється більш суворе покарання, а саме за: „контрабанду наркотичних речовин, психотропних, сильнодіючих, отруйних, радіоактивних або вибухових речовин, озброєння, вибухових пристроїв, вогнепальної зброї або боєприпасів, ядерного, хімічного, біологічного та інших видів зброї масового ураження” [2, 592]. Також стаття містить таку кваліфікуючу ознаку, як “вчинення цього діяння посадовою особою з використанням свого службового становища”. У той час, як за українським законодавством це діяння кваліфікувалося б, згідно з ч.5 ст.27 КК України, як пособництво в контрабанді.

До речі, диспозиція ст.206 КК Азербайджану ідентична диспозиції такої ж статті за КК РФ, з приміткою, що великі розміри в даному випадку становлять 4000 і більше мінімальних розмірів оплати праці [3, 222].

Диспозиція ст.289 “Контрабанда” КК Таджикистану за змістом нічим не відрізняється від аналогічних статей КК РФ, Азербайджану, лише містить таку кваліфікуючу ознаку, як вчинення цього діяння шляхом прориву митного кордону [4, 299-300], і де великі розміри складають 1000 і більше мінімальних розмірів заробітної плати.

У Данії покарання за контрабанду встановлюється ст.73 Митного Закону, у Кримінальному ж кодексі міститься бланкетна норма, яка зазначає, що при наявності такої ознаки, як „вчинення особливо серйозного за своїм характером” діяння, передбаченого ст.73 Митного Закону, особа підлягає позбавленню волі на будь-який строк, який не перевищує 4 років” [5, 212].

Взагалі кримінальні законодавства країн колишнього СРСР стосовно досліджуваного питання багато в чому схожі. Так, стаття 228 КК Білорусі, дає ідентичне КК Російської Федерації поняття контрабанди, вказуючи тільки, що великі розміри контрабанди мають місце тоді, коли вартість контрабандних товарів у 2000 разів перевищує розмір базової величини (яка складає 17000 білоруських карбованців) [6, 279-280].

Стаття 151 КК Китаю, країни зі специфічною правовою системою, визначення самого поняття контрабанди не дає, а лише зазначає самі предмети контрабанди: контрабанда зброї, боєприпасів, ядерних матеріалів або фальшивої валюти, встановлюючи, що це карається позбавленням волі на строк більше 7 років та одночасно із накладенням штрафу або конфіскацією майна [7, 89-90]. Окрім того, дана стаття визначає перелік інших предметів контрабанди, наприклад, „культурні цінності, золото, срібло”, а також заборонені цією державою для ввозу „цінні тварини та виготовлену з них продукцію, унікальні рослини”, за контрабанду яких встановлюється менше покарання. Остання п'ята частина цієї статті зазначає, що до кримінальної відповідальності також може бути притягнута винна у вчиненні цього злочину організація – на неї накладаються штрафні санкції, але безпосередні керівники організації несуть індивідуальну відповідальність відповідно до вищевказаних частин.

За кримінальним законодавством Японії спеціальної статті «контрабанда» не передбачено, але залежно від предметного розподілу структури японського кодексу, при зазначенні об'єктивної сторони діяння, вживається слово ввіз, наприклад: „Глава 14. Злочини, які стосуються опію. Ст.136. Ввіз та інші дії по відношенню до опію. Особа, яка ввозить, виготовляє, продає або має на меті продаж опію, карається позбавленням волі з примусовою фізичною працею на строк від 6 місяців до 7 років” [8, 91]. Також стаття 163 „Використання, пересилання, ввіз підроблених та цінних паперів або замах на це”, до речі, карається позбавленням волі з примусовою фізичною працею на строк від 3 місяців до 10 років. У ст.149 предметом є підроблена іноземна валюта.

Аналіз ст.76 “Контрабанда” КК Естонії показав, що стаття знаходиться в Главі 2 “Злочини проти держави”, поряд із такими статтями, як тероризм, масові безпорядки та інші та зі схожим змістом [9, 97], тобто спостерігається істотна схожість із КК України 1960 р. Що стосується структури, то законодавець Естонії в ч.1 цієї статті предметом вказує товари у великому розмірі та інші цінності, які підлягають митному контролю, за що передбачається максимальне покарання у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років. У другій частині предметом контрабанди є заборонені товари, а саме: ті ж самі, які прямо визначені в ч.1 ст.201 КК України (покарання до 6 років позбавлення волі). Кваліфікуючі ознаки цього діяння знаходяться в ч.3 цієї статті: вчинення контрабанди посадовою особою з використанням свого службового становища або групою осіб (покарання до 8 років позбавлення волі).

Стаття 214 КК Грузії передбачає покарання за контрабанду, де вказані предмети, які законодавець вважає за необхідне внести до кримінально-правового захисту, а також кваліфікуючі ознаки цього діяння:

Ввіз або вивіз через митний кордон Грузії рухомих речей у великих розмірах, вчинене поза митним контролем або з приховуванням від нього, із неправдивим використанням документів або засобів митної ідентифікації, внесенням у декларацію неправдивих даних, – карається штрафом або позбавленням волі на строк до 5 років... І далі: ч.3. ...Історичні, культурні цінності, цінні метали, ювелірні вироби; ч.4. отруйних, радіоактивних або вибухових речовин, вогнепальної зброї; ч.5. кваліфікуючі ознаки: неодноразовість, вчинення посадовою особою, застосування насильства до митного працівника [10, 243, 244].

Стаття 246 КК Узбекистану має дві частини. Перша визначає об'єктивну сторону контрабанди та дає перелік предметів, за незаконне переміщення яких через митний кордон встановлюється покарання у вигляді позбавлення волі від 5 до 10 років із конфіскацією майна або без такої, а саме за контрабанду: «сильнодіючих, отруйних, радіоактивних, вибухових речовин, вибухових пристроїв, озброєння, вогнепальної зброї або боєприпасів, а так само наркотичних або психотропних речовин, або матеріалів, які пропагують релігійний екстремізм, сепаратизм та фундаменталізм». Друга частина встановлює покарання у вигляді позбавлення волі від 10 до 20 років із конфіскацією майна за контрабанду: «ядерного, хімічного, біологічного та інших видів зброї масового знешкодження, матеріалів чи устаткування, яке завідомо може бути використано для його створення, а так само наркотичних засобів або психотропних речовин у великих розмірах» [11, 268, 269].

За КК Латвійської Республіки найбільше покарання за контрабанду, вчинену організованою групою або таких самих предметів, які прямо визначені в диспозиції ч.1 статті 201 нашого КК, – це позбавлення волі на строк до 10 років із конфіскацією майна (ч.3 ст.190 цього КК), частина перша предметом визначає товари чи інші цінності, 2 частина кваліфікує ці ж діяння, але здійснені за попередньою змовою групою осіб [12, 195-196]. Стаття за змістом аналогічна відповідним статтям кримінальних кодексів країн колишнього СРСР.

Розділ 3. „Злочини проти митного режиму” КК Болгарії містить ст.242 та ст.242а, перша з яких відзначається доволі об'ємним та структурованим змістом: має 9 частин та 6 пунктів, які, зокрема, передбачають і умови адміністративної відповідальності, конфіскації предметів контрабанди та транспорту, яким вона переміщується. Окрім цих та змістової відмінності від ст.201 КК України, уваги заслуговує ч.9 ст.242, яка зазначає, що готування до контрабанди наркотичних засобів та їх прекурсорів, а також „якщо товар буде в особливо великих розмірах і випадок є особливо тяжким, або при участі митного службовця” – карається позбавленням волі до 5 років [13, 182]. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 26.02.1999 р. „Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил” зазначає, що саме готування до контрабанди не передбачає кримінальну відповідальність [14, 455], тобто при наявності перелічених обставин, особа буде відповідати, тільки якщо в її діянні міститься самостійний склад іншого злочину.

Законодавець США взагалі доволі просто визначив, що той, „хто свідомо та умисно з наміром обманути Сполучені Штати” провозить або намагається провезти через митницю контрабандою або таємно ввозить у Сполучені Штати будь-який товар, який повинен бути вказаний у рахунку, або будь-який фальшивий, підробний або обманный рахунок, або інший документ чи папір, або будь-який протизаконний товар, або отримус, приховує, придбаває, збуває, або будь-яким чином сприяє перевезенню, приховуванню або збуту таких товарів після їх ввозу, знаючи, що вони імпортовані або ввезені в Сполучені Штати незаконно, карається штрафом у розмірі до 10000 доларів або тюремним ув'язненням на строк до 5 років, або двома покараннями одночасно (Глава 27. Митні правила, § 545 кримінального закону США) [15, 35]. Тобто треба знати, які товари є протизаконними, і ця норма, можливо, є бланкетною.

Отже, на підставі вищеведеного аналізу можна зробити наступні висновки:

1. Загальною спільною рисою досліджених статей є саме поняття контрабанди. У широкому розумінні для всіх країн це незаконне переміщення визначених предметів або товарів через митний кордон або з приховуванням від нього. Різниця лише полягає саме в структурах статей, змісті (визначенні) предмета контрабанди, кваліфікуючих ознаках та, звичайно, у виді та розмірах покарання.
2. Залежно від правової системи та відносно змісту ст.201 КК України, законодавство перерахованих вище країн можна умовно поділити на:
 - кримінальне законодавство країн колишнього СРСР (Російська Федерація, Білорусь, Азербайджан, Таджикистан, Латвійська Республіка, Естонія), яке має багато спільних рис з українським, особливо за об'єктивною стороною та предметами контрабанди;
 - кримінальне законодавство інших країн (США, Данія, Китай, Японія та інші), які значно різняться за об'єктивною стороною, побудовою (структурою) статті, переліком предметів контрабанди, кваліфікуючими ознаками і, звичайно ж, санкціями.

3. Предмети контрабанди досить різноманітні, зокрема й за правовим режимом, за неоднаковим визначенням ступеня суспільної небезпечності злочину. Але відповідальність за контрабанду практично не диференційована в межах її складу (ст.201 КК України) залежно від особливих ознак предмета. Тому вважаємо, що має сенс об'єднання саме за об'єктивною стороною схожих статей у чинному КК України, розмежувавши лише специфічні предмети контрабанди частинами статті та встановивши відповідне диференційоване кримінальне покарання. Ця думка висловлюється й деякими вітчизняними науковцями.
4. Треба проводити тісне співробітництво з митними та правоохоронними органами іноземних країн щодо питання контрабанди та інших порушень митних правил та використовувати міжнародний досвід на практиці; забезпечити ефективний та дійовий обмін потрібною інформацією.
5. Також вважаємо, що необхідно надати митним органам статус правоохоронного відомства шляхом надання відділу боротьби з контрабандою та порушеннями митних правил, як структурному підрозділу митних органів, права на здійснення оперативно-розшукової діяльності, що практично підвищить ефективність боротьби та профілактики контрабанди, поглибить предметну спеціалізацію співробітників митних і правоохоронних органів із таких найбільш актуальних напрямків, як незаконне переміщення викрадених автомобілів, наркотиків, зброї, історичних і культурних цінностей, підакцизних та інших товарів.
6. Ні в якому разі не піднімати, а можливо й знизити розмір вартості товарів, при якому настає кримінальна відповідальність за контрабанду. У зв'язку з цим прискорити провадження як досудового розслідування, так і судового розгляду справ про контрабанду.
7. Розширити коло предметів кримінально-правової охорони від контрабанди залежно від реальних особливостей цього явища в нашій країні та, що також дуже важливо, збільшити кількість кваліфікуючих ознак у статті, які саме передбачали б деякі механізми здійснення контрабанди.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001: Чинне законодавство зі змінами станом на 01 вересня 2004 р. – К.: Паливода А.В., 2004. – 176 с.
2. Иванов Н.Г. Уголовное право России. – М.: Экзамен, 2003. – 768 с.
3. Уголовный кодекс Азербайджанской республики / Научное редактирование, предисловие докт. юрид. наук, проф. И.М. Рагимова: Пер. с азербайджанского Б.Э. Аббасова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 325 с.
4. Уголовный кодекс Республики Таджикистан / Принят Законом Республики Таджикистан от 21 мая 1998 г. «О принятии Уголовного кодекса Республики Таджикистан» / Предисловие А.В. Федорова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 410 с.
5. Уголовный кодекс Дании / Науч. ред. и предисловие С.С. Беляева: Пер. с датского и англ. С.С. Беляева, А.Н. Рычевой – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 230 с.
6. Уголовный кодекс Республики Беларусь / Принят Палатой представителей 2 июня 1999 года / Одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 474 с.
7. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева: Пер. с китайского Д.В. Вичикова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 302 с.
8. Уголовный кодекс Японии / Науч. редактирование и предисловие докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 226 с.
9. Уголовный кодекс Эстонской республики / Науч. ред. и пер. с эстонского В.В. Запелова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 262 с.
10. Уголовный кодекс Грузии / Науч. редактирование З.К. Бигвава: Пер. с грузинского И. Мериджанашвили. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 409 с.
11. Уголовный кодекс Республики Узбекистан (с изменениями и дополнениями на 15 июля 2001 г.). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 338 с.
12. Уголовный кодекс Латвийской Республики / Науч. ред. А.И. Лукашова: Пер. с латышского А.И. Лукашова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 313 с.
13. Уголовный кодекс Республики Болгария / Науч. ред. проф. А. И. Лукашова: Пер. с болг. Д.В. Милушева, А.И. Лукашова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 298 с.

14. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 26.02.99 „Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил” // Постанови Пленуму Верховного суду України (1972 – 2004). 2 том / За заг. ред. голови ВСУ В.Т. Маляренка. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2004.
15. Уголовное право США: Сборник нормативных актов / Составитель, ответственный редактор и автор вступительной статьи И.Д. Козочкин. – М.: Издательство УДН, 1985. – 160 с.

УДК 343.221

ФОРМИ ГРУПОВИХ ЗЛОЧИНІВ

Гацелюк В.О., к.ю.н., доцент, Аралов П.Ю., курсант

Луганська академія внутрішніх справ імені 10-річчя Незалежності України

Робота присвячена дослідженню теоретичних і практичних питань групових злочинів, визначені ознаки чотирьох злочинних груп, які охоплюють усі можливі комбінації злочинних угруповань. Проаналізовані загальна характеристика та види злочинних груп (ст.28 КК України), і на основі аналізу ознак кожної групи встановлено необхідність поділу групових злочинів на дві форми. У зв'язку з цим пропонується доповнення Загальної частини Кримінального кодексу України новим розділом «Організована злочинна діяльність». Обґрунтовується необхідність перманентного наукового осмислення цього антисуспільного явища та зазначається, що практичне застосування цих пропозицій дасть змогу підвищити ефективність боротьби з груповою злочинністю, забезпечити більшу справедливість кримінального покарання.

Ключові слова: злочинна група, співучасть, організована злочинна діяльність, форми злочину, ситуативна група.

Гацелюк В.А., Аралов П.Ю. ФОРМЫ ГРУППОВЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ / Луганская академия внутренних дел им.10-летия Независимости Украины

Работа посвящена исследованию теоретических и практических вопросов групповых преступлений, определены признаки четырех преступных групп, которые охватывают все возможные комбинации преступных объединений. Проанализированы общая характеристика и виды преступных групп (ст.28 УК Украины), и на основе анализа признаков каждой группы установлена необходимость разделения групповых преступлений на две формы. В связи с этим предлагается вариант внесения в Общую часть Уголовного кодекса Украины нового раздела «Организованная преступная деятельность». Обосновывается необходимость научного осмысления этого негативного антисоциального явления.

Ключевые слова: преступная группа, соучастие, организованная преступная деятельность, формы преступления, ситуативная группа.

Gatselyuk V.A., Aralov P.Y. SOME FORMS OF GROUP CRIMES / The Luhans'k Law Academy named after the 10-th Anniversary of Independence of Ukraine

The article is dedicated to researching of theoretical and practical questions of group crimes; the features of four criminal groups, covering all possible combinations of criminal associations are defined. The general characteristic and kinds of criminal groups (by the art. 28 of the Criminal Code of Ukraine) are analyzed. The author accents the necessity of division of each group on two forms on the basis of the analysis of each group. Due to this the author proposes to bring into the Criminal Code of Ukraine the new unit, called «The Organized criminal activity».

Key words: criminal group, partnership, organized criminal activity, forms of crime, situational group.

«Хорошее, истинное или дурное
качество законов зависит от их
соответствия общему ожиданию»
И. Бентам

Забезпечення розбудови України як демократичної, незалежної, суверенної, соціальної та правової держави, що передбачає ст.1 Конституції України, вимагає насамперед досягнення відповідних успіхів у боротьбі зі злочинними посяганнями на такі суспільні цінності, як життя і здоров'я людини, її честь і гідність, недоторканість і безпеку. Як свідчить сучасна практика правозастосування, серйозну шкоду українському державотворенню спричиняють групові злочини. Груповий злочин є одним із найнебезпечніших явищ у житті суспільства, тому що злочин, вчинений злочинною групою, характеризується підвищеною суспільною небезпекою.

До групових слід відносити ті злочини, які вчиняються групою осіб, за попередньою змовою групою осіб, організованою групою або злочинною організацією (ст.28 КК України).

У чинному Кримінальному кодексі України всі групові злочини охоплюються поняттям «співучасть у злочині» (ст.26 КК). Але, враховуючи соціальні та правові особливості організованої злочинної діяльності, яка передбачається ч.3, 4 ст.28 КК, а також певні труднощі в правозастосуванні (зокрема, у кримінально-правовій кваліфікації цих злочинів), слід відмітити певну необхідність розмежування групової злочинної діяльності на дві форми. Серед них: злочини, вчинені в співучасті (далі під співучастью розумітимуться злочини, вчинені групою осіб і групою осіб за попередньою змовою, ч.1,2 ст.28 КК), та організовані форми вчинення групового злочину, тобто організованою злочинною групою та злочинною організацією (ч.3,4 ст.28 КК).

Аналіз правозастосовчої практики в Україні за останні роки свідчить про недостатню ефективність використання слідчими органами, органами суду, прокуратури кримінально-правових норм, спрямованих на протидію груповій злочинності, яка в силу спільних соціальних і психологічних закономірностей, включає в себе й організовані форми. Існує порушення законності, пов'язане з невірним застосуванням кримінального законодавства, низькою якістю та неповнотою попереднього розгляду, необґрунтованістю обвинувальних висновків і неправосудністю вироків суду. Одна з причин такого положення – відсутність чітких правових засад кваліфікації групових злочинів, які передбачені в чинному Кримінальному кодексі як форми співучасті у злочині, недосконалість їх законодавчої регламентації. В розпорядженні практиків не має також однозначного, чіткого та вичерпного офіційного тлумачення вчинення злочинів в організованих формах і критеріїв їх розмежування з іншими формами співучасті, тобто з вчиненням злочину групою осіб та за попередньою змовою групою осіб. Така прогалина в кримінальному праві знижує загальнопрофілактичну роль кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за найбільш небезпечні форми співучасті – вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією.

На сучасному етапі, коли зростання організованої злочинності набуло особливо швидких темпів, організовані форми вчинення злочину повинні виноситися з-під керуючого впливу інституту співучасті, інакше спеціальні підрозділи МВС, СБУ та інші, призначені спеціально для протидії організованій злочинності, замість того, щоб викривати та знешкоджувати мафіозні клани в економіці та інших галузях суспільного життя, досить часто порушують кримінальні справи й ведуть розслідування злочинів, які не мають ознак організованої злочинності. Про це свідчать матеріали окремих кримінальних справ, виступи преси, а також офіційне листування [1, 28].

Розмитість правових засад диференціації кримінальної відповідальності за злочини в складі різних за ступенем суспільної небезпеки видів злочинних груп не сприяє активізації зусиль правоохоронних органів по виявленню та доказуванню ознак, які свідчать про вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією. Так, наприклад, опитування 32 суддів з різних регіонів країни продемонструвало відсутність у судовського корпусу чітких уявлень про критерії визначення різних видів злочинних груп [2, 27]. У своїх відповідях на питання про основні відмінності організованої злочинної групи від групи, яка вчиняє злочин за попередньою змовою, судді висунули 24 різноманітні варіанти сполучення ознак, якими вони керуються при кваліфікації групових злочинів. При визначенні критеріїв числа організованої групи згадувалось про «розгалуження» та «ієрархічність» злочинної групи, її «монолітність» і «масовість», іншими словами, про такі ознаки, які виходять за межі законодавчої конструкції статті 28 КК [3, 27]. Таким чином, відсутність єдиного критерію поділу форм співучасті зумовлює судовські помилки при кваліфікації групових злочинів, тобто веде до невірного застосування на практиці закону, а то й до довільного його тлумачення.

На сучасному етапі розвитку українського суспільства боротьба з організованою злочинністю є актуальним загальнодержавним завданням, але її вирішення має цілу низку проблем законодавчого, організаційного, методичного характеру. Тому таке явище викликало необхідність осмислення та застосування розробок теорії кримінального права, соціології, кримінології, організаційної психології та інших наук у правотворчій та правозастосовчій практиці.

Аналізуючи останню, можна сказати, що для вдалої протидії організованій злочинності необхідне чітке і, головне – офіційне трактування положень Кримінального кодексу. Якщо офіційне закріплення норм, які визначають форми організованої злочинної діяльності, ми маємо (ч.3,4 ст.28 КК), то відносно поняття «чіткості» даних трактувань можна суперечити. Але це питання виходить за межі цієї роботи. Таким чином, боротьба з організованою злочинністю як явищем, пов'язана, перш за все, із законодавчими заходами, спрямованими на протидію цьому антисоціальному феномену. Саме з цього випливає наша задача – на теоретичному рівні вдосконалити, а також сконструювати нові норми чинного Кримінального кодексу для подальшої вдалої боротьби з цим найбільш руйнівним для держави елементом злочинності.

В Україні багато учених-юристів, такі як Ю.М. Антонян, О.М. Бандурка, М.І. Бажанов, Ф.Г. Бурчак, А.І. Волобуєв, Р.Р. Галіакбаров, Л.Д. Гаухман, Ю.В. Городецький, П.Ф. Гришанин, Н.О. Гуророва, А.І. Долгова, О.Ф. Зелінський, М.І. Ковальов, О.Ф. Ковітіді, О.О. Кваша, О.М. Литвак, М.І. Коржанський, Г.Г. Криволапов, С.К. Марчук, П.В. Тельнов, Н.В. Яницька, М. Кузнєцова,

А. Кондратьєв та інші, досліджували проблему групової злочинності. Однак дослідження цих проблем проводились переважно в аспекті покарання за вчинення злочинів, встановлення меж відповідальності учасників таких груп, організаційно-психологічних аспектів вивчення злочинних формувань. Питанням поділу групового злочину на злочини, вчинені в співучасті та в організованих формах, необхідності та важливості такого розподілу достатньої уваги не приділялось. Оскільки організована група і злочинна організація є основою організованої злочинності, а остання, як вже раніше зазначалося, представляє собою найбільш руйнівний для української держави елемент злочинності, стимулюючий високі темпи її подальшого розповсюдження, то практичне здійснення цих пропозицій дасть змогу підвищити ефективність боротьби з організованою злочинністю. Тому висновки і пропозиції, зроблені в цій роботі, можуть бути використані при підготовці відповідних нормативних актів.

Усі вищевказані обставини зумовлюють у сукупності актуальність даного дослідження.

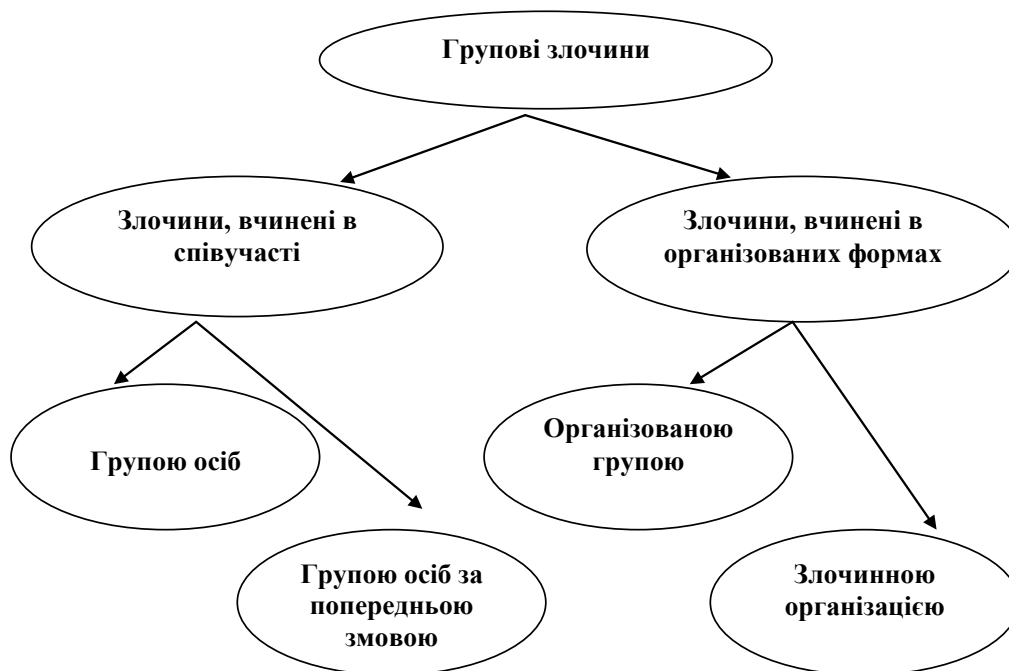
Майже вся складність застосування діючого кримінального законодавства полягає у тому, що світова злочинність, використовуючи останні досягнення та успіхи науки й розробки теорії та практики як кримінального, так і інших галузей права, розвивається й удосконалюється в дуже швидкому темпі. З цієї причини положення діючого КК, зокрема інституту співучасті, не відповідають соціальній дійсності. Але ж існують ще й старі прогалини в кримінальному законодавстві, що у свою чергу також впливає на ріст злочинності.

Виходячи з аналізу вчинених злочинів, з того часу як був прийнятий діючий КК, можна стверджувати, що групова злочинна діяльність досягла певної «зрілості» і, як ніколи, підвищеної небезпеки, використовуючи у своїй діяльності практику групової злочинності інших країн, де вона почала розвиватися значно раніше. З цієї причини потрібні деякі зміни діючого кримінального законодавства, зокрема Загальної частини КК. Особливу увагу слід приділити злочинам, вчиненим в організованих формах, адже в останні роки в Україні намітилась досить стійка тенденція росту організованої злочинності. Підвищується як кількість тяжких і особливо тяжких злочинів, вчинених організованою групою і злочинною організацією, так і рівень стійкості таких груп, забезпеченості їх матеріальними ресурсами. Тому таке положення потребує негайного вживання з боку держави ефективних заходів, у тому числі й кримінально-правового характеру, спрямованих на боротьбу з цим негативним антисоціальним явищем.

Історія розвитку кримінального права є яскравим підтвердженням того, що формування його Загальної частини закономірно може розглядатися як досягнення відповідною галуззю зрілості, першою формальною ознакою її придатності до правозастосування. Удосконалення Загальної частини КК може бути здійснено шляхом детальнішого нормативного опису окремих базових інститутів або ж закріплення в ній нових правових інститутів і положень.

Так, цією роботою пропонується варіант деякого реформування Загальної частини КК України, зокрема поділ форм співучасті, які вказані в КК, як такі (ст.28 КК), на злочини, вчинені в співучасті (групою осіб і за попередньою змовою групою осіб), і організовані форми вчинення злочину (організованою групою і злочинною організацією). З тієї причини, що в нормах Загальної частини КК дуже мало уваги приділяється питанням організованої злочинності, структурною складовою якої і є вчинення злочину організованою групою і злочинною організацією, а таке відділення організованих форм вчинення групового злочину з-під керуючого впливу норм інституту співучасті, дозволить нам вказати на більш підвищену суспільну небезпеку даного явища, що, у свою чергу, суттєво вплине на кримінальну відповідальність. Розмитой, розпливчатої межі між цими двома формами групової злочинності, різними за чисельним складом, спрямованістю та метою об'єднання, характером об'єднання, характером стосунків, наявності функціональної структури, наявності лідера або керівника, також наявності згуртованості та стійкості, характеру підготовки та злочинної діяльності, у жодному випадку допускати не можна, оскільки це може призвести до надто негативних наслідків. З одного боку, вчинення злочину в організованих групах суттєво впливає на кримінальну відповідальність (в особово кваліфікованих складах злочинів санкція дуже часто підвищується втричі). Отже, відсутність чіткого розмежування між даними формами може призвести до необґрунтованої жорсткості кримінальної репресії при умові, якщо злочинне діяння було вчинене в співучасті й, навпаки, до неадекватно м'якої відповідальності при призначенні покарання, якщо злочин був вчинений в організованій формі, що призводить до пагубних наслідків: збільшує ріст організованої злочинності, а остання, у свою чергу, підриває економіку та правопорядок, ускладнює нормальне функціонування державної влади. З іншого боку, розмивання та приєднання до інституту співучасті організованих форм вчинення злочину, призводить до невірною застосування спеціальних засобів для боротьби з цим негативним явищем, відлученню співробітників спеціальних підрозділів на боротьбу з іншими, не організованими і менш небезпечними злочинами, що також неприпустимо. Тому, доцільно вважати, що форми групового злочину необхідно чітко розмежувати, щоб уникнути неузгодженості в правозастосовчій діяльності. А саме неузгодженість виникає, коли на законодавчому рівні не встановлено чіткого поділу вчинення злочину в співучасті або в організованих формах.

Таке розмежування можна зобразити у вигляді схеми:



Виникає питання: на основі чого виділяються вищевказані форми групового злочину, по яких ознаках відбувається такий розподіл?

Сьогодні достатньо розповсюдженою є дискусія з приводу мінімальної кількості учасників злочинної групи. Одні вчені вважають, що достатньо двох осіб, щоб утворити злочинну групу [4; 3, 5]; інші, навпаки, стверджують, що спільна злочинна діяльність пари (двох осіб) не має властивостей групи [5; 14, 23].

Так, А.М. Мельников у своїй дисертації «Кримінальна відповідальність за вчинення злочину групою осіб» наголошує, що мінімальна кількість учасників злочинної групи – троє. Лише починаючи з тріади виникає групова психологія і структурування групи. Спільна злочинна діяльність пари немає властивостей групи. Вона не має структурного розподілу ролей, крім звичайного лідерства одного із подружжя, чи друзів або родичів. У спільній діяльності двох не виявляється опозиція, не має пригнічення кожного із членів спільності, немає і випробування одним одного. Таким чином, групу осіб як суб'єкта злочину, утворюють не двоє виконавців злочину, а троє. Лише троє можуть визнаватися групою, а двоє – це лише двоє, а не група. Отже, двоє, пара – не група. Група завжди має більше двох членів [6; 23].

Однак, у протилежність сказаному вище, і в психологічній літературі, і в працях із соціології групами слід вважати також і взаємодію двох і більше осіб. Так, група – це двоє і більше осіб. Саме з цього приводу виходить діючий КК, визначаючи співучасть у злочині як умисну сумісну участь у вчиненні злочину двох і більше осіб.

Це все вірно, якщо під співучастью розуміти вчинення злочину групою осіб та за попередньою змовою групою осіб. Але в чинному КК під співучастью розуміється і вчинення злочину організованою групою та злочинною організацією з мінімальною кількістю учасників три і більше. Аргументація на користь останнього зводиться до того, що в психології саме групи з такою кількістю учасників визнаються більш стійкими. Знизити мінімальну кількість учасників до двох буде цілком не вірно, оскільки в цьому плані справедливе зауваження професора А.Ф. Зелінського, що «двоє не можуть організуватися, вони можуть лише об'єднатися» [7; 14], а ознака організованості цих форм співучасті, яка передбачає більш тісну взаємодію учасників, є первинною і головною. Таким чином, щоб уникнути деякої невідповідності норм КК, необхідно розмежувати злочини, вчинені в співучасті (двома і більше особами) і в організованих формах (трьома і більше особами).

Розмежувати вищевказані форми групового злочину можна ще й по інших засадах, а саме, за чисельним складом, про що вказувалося трохи раніше, спрямованістю, за характером об'єднання, стосунків та підготовки, функціональною структурою та характером злочинної діяльності, які вказані в табл. 1.

Так, А.Ф. Кузнецова проводить межу між формами вчинених злочинів, які ми розглядаємо, за характером об'єднання. Вона вважає, що злочини вчиняються в співучасті саме ситуативними злочинними групами (це група осіб, що включає в себе двох і більше осіб, які об'єдналися з метою вчинення злочину). У ситуативній групі відсутня чітка психологічна і функціональна структура. У свою чергу ситуативні злочинні групи за ступенем узгодженості поділяються на групи без попередньої змови і на групи за попередньою змовою.

У групі без попередньої змови ролі учасників заздалегідь не розподіляються, усі учасники цієї групи виступають виконавцями. Найбільш частіше ця злочинна група складається безпосередньо перед вчиненням злочину із випадкових осіб. Приводом до цього, наприклад, може бути спільне вживання спиртних напоїв. Розподіл ролевих функцій у таких випадках відбувається швидко і визначається сугестивним впливом (навіяними мотивами) учасників протиправних дій один на одного.

Ситуативна група за попередньою змовою характеризується тим, що співучасники такої групи, на відміну від попередньої групи, узгоджують дії кожного співучасника. У такій групі можливий завчасний розподіл ролей і необхідна підготовка до безпосереднього вчинення злочину [8; 21].

Ситуативні злочинні групи охоплюються ч.1, 2 ст.28 КК України. Але ж цією нормою (ч.3, 4) передбачається вчинення злочину організованими формами, тобто організованою злочинною групою та злочинною організацією. Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувались у стійке об'єднання для вчинення цього та інших злочинів, об'єднаних планом із розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

На відміну від звичайної злочинної групи осіб та групи за попереднім зговором, в організованій злочинній групі вже сформована і чітко вбачається психологічна структура; групу очолює лідер – її організатор або керівник. До нього примикають активні члени групи («авторитети») та рядові учасники. В організованій групі може бути й «опозиціонер», який бореться за лідерство, складає конкуренцію діючому лідеру у зв'язку з незадоволенням цілями або методами діяльності групи.

Наявність лідера в групі, який вносить у злочинну діяльність організованість і цілеспрямованість, – одна з важливих ознак організованої злочинної групи. Саме наявність лідера в організованій злочинній групі відрізняє організовану злочинну групу від двох інших видів групи та групи за попередньою змовою, оскільки в них лідер поки ще не виявився. Саме тому при оцінці злочинної групи як організованої практичні працівники повинні вживати заходів щодо виявлення лідера.

Для організованої злочинної групи характерна суворая дисципліна її членів, безумовне підпорядкування лідеру, у тому числі під загрозою фізичної розправи. Якщо в інших видах злочинних груп відносини між членами груп нерідко будуються на основі особистої симпатії, вибору, то в організованій злочинній групі відбувається заміна особистих відношень виключно діловими. Вибудовується єдина цілісна поведінка. Усі члени взаємозалежні, підкоряються загальним принципам і нормам поведінки, що надає можливість діяти злагоджено та ефективно.

Такий вид злочинного об'єднання, як злочинна організація, передбачено в ч.4 ст.28 КК України. Законом визначається таке поняття злочинної організації: «Злочинною визначається стійке ієрархічне об'єднання декількох осіб (три і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувались для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасників цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так й інших злочинних груп».

Злочинній організації, безумовно, притаманні всі ознаки, характерні і для організованої злочинної групи. У той же час злочинна організація характеризується головним чином більш складною ієрархічною структурою, більшим ступенем стійкості та згуртованості, суворою, навіть жорстокою дисципліною і захищеністю. Якщо під організованою злочинністю ми розуміємо сукупність усіх організованих злочинних об'єднань і вчинених ними злочинів, то злочинна організація – це вагома її частина.

Суспільна небезпека діянь злочинних організацій полягає у тому, що для підготовки і вчинення тяжких або особливо тяжких винними, тобто учасниками цієї організації, залучаються інші особи, відбувається об'єднання їхніх зусиль для здійснення посягань на громадську безпеку. Таким чином, злочинна діяльність організованої групи і злочинної організації набуває організованого характеру, що може спричинити більш тяжку шкоду, ніж злочини, вчинені в співучасті.

Треба мати на увазі, що злочинна група – це живий соціальний організм, який постійно розвивається, починаючи від груп простих до груп за попередньою змовою і далі до більш складних – організованої

групи і злочинної організації. У своєму розвитку деякі групи можуть опинитися на проміжному перехідному етапі. У таких групах можуть бути встановлені як ознаки групи за попередньою змовою, так і ознаки організованої злочинної групи. За конкретними кримінальними справами можуть бути встановлені злочинні групи, які мають тільки деякі ознаки організованої групи. У таких випадках необхідно керуватися насамперед ознаками, вказаними в законі, а вже потім факультативними ознаками. Недоліком є те, що деякі практичні працівники заради добрих показників притягують, наприклад, звичайну групу за попередньою змовою до організованої злочинної групи.

Тому, ми ще раз переконуємося, що форми групових злочинів – вчинення в співучасті та організованими формами – потрібно розмежувати, закріплюючи характерні ознаки тієї чи іншої в кримінальному законодавстві, а саме в Загальній частині КК, щоб уникнути неузгодженості в правозастосовчій діяльності.

Отже, організована злочинна діяльність – це ціла система зв'язків організованої злочинної групи і злочинної організації, яка призведе до концентрації, монополізації окремих видів злочинної діяльності, якщо до цього антисуспільного явища не будуть застосовані як кримінально-правові, так і спеціально-кримінологічні заходи, але ж останні повинні застосовуватися лише після того, як у законодавстві буде чітко вказано, який злочин вважається вчиненням у співучасті та який – організованими формами. Для цього пропонуємо Загальну частину КК доповнити розділом «Організована злочинна діяльність», де буде наведено визначення організованої злочинної групи і злочинної організації, будуть вказані головні та факультативні ознаки цих злочинних об'єднань і перелік яких буде вичерпним, також буде встановлюватися кримінальна відповідальність за створення організованої групи і злочинної організації, добровільна відмова членів об'єднань, сприяння учасникам організованої групи та злочинної організації, відповідальність за приховування їхньої злочинної діяльності.

Підводячи підсумки всьому вищесказаному, слід відмітити, що в Україні поступово формується кримінально-правова нормативна база, а положення кримінального законодавства, які поступово удосконалюються завдяки розробкам учених-юристів, стають діючим засобом боротьби зі злочинністю.

Таким чином, попередження групової злочинності потребує не лише постійної, систематичної й комплексної роботи правоохоронних й інших державних органів, але ж і наукового осмислення цього антисуспільного явища, а наукове осмислення проблеми, досить суттєвої в наш час, у майбутньому призведе до її рішення на практиці – більш вдалої боротьби з цим феноменом.

Таблиця 1.

Характерні ознаки	Групові злочини			
	Вчинення злочину в співучасті		Організовані форми вчинення злочину	
	Групою осіб	За попередньою змовою групою осіб	Організованою групою	Злочинною організацією
Чисельний склад	Малочисельна (від двох і більше)	Малочисельна (від двох і більше)	Малочисельна (але не менше трьох)	Від малочисельної до середньо чисельної (але не менше трьох)
Спрямованість і мета об'єднання	Антисуспільна, з метою вчинення злочину	Антисуспільна, з метою вчинення злочину	Антисуспільна, з метою здійснення злочинної діяльності	Для здійснення злочинної антисуспільної діяльності, вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів; керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб; забезпечення функціонування як самої ЗО, так й інших злочинних груп
Характер об'єднання	Ситуативний (внаслідок певних обставин та умов, зокрема попереднього знайомства)	Ситуативний, на основі домовленості вчинити злочин	Завчасно цільовий на основі запланованої домовленості займатися сумісною злочинною діяльністю	Завчасно цільовий, на основі запланованої сумісної злочинної діяльності

Характер стосунків	Емоційні (всі учасники виконавці, співвиконавці) –	Емоційно-ділові	Функціонально-ділові з розподілом функцій, ролей	Функціонально-ділові, ієрархічні, з чітким розподілом функцій і ролей
Наявність функціональної структури	Відсутня	Деякі ознаки функціональної і психологічної структури	Наявна, з визначенням лідера, організатора, керівника, з розподілом ролей	Наявна, з визначенням керівником, організатором, структурними підрозділами, з чітким розподілом функцій всіх учасників, об'єднаних єдиним планом
Наявність лідера, керівника	Відсутній	Можливий	Наявний	Наявний
Наявність згуртованості	Відсутня	У більшості зовсім відсутня, в деяких випадках з'являються перші ознаки згуртованості (під час і після вчинення злочину)	Наявна, характеризується спільністю поглядів і системою психологічних взаємовідносин, психологічною сумісністю	Наявна, характеризується спільністю поглядів, системою психологічних взаємовідносин, психологічною сумісністю
Наявність стійкості	Відсутня	Відсутня	Наявна, характеризується здатністю тривалого існування, твердістю в проведенні злочинного задуму, рішучістю і стабільністю складу	Наявна, характеризується здатністю тривалого існування, твердістю в проведенні злочинного задуму, рішучістю і стабільністю складу
Характер підготовки	Відсутня як така	Можлива, але нетривала	Ретельна, довготривала	Ретельно обміркована, підготовлена, довготривала, з високим рівнем організації
Характер розподілу злочинних прибутків	Демократичний, рівнозначний	Як правило демократичний, рівнозначний	Згідно зі статусом, значна частина залишається лідеру (керівнику, організатору)	Згідно зі статусом в ієрархії, займаною «посадою» та іншими чинниками
Характер злочинної діяльності	Однаковий для всіх, поведінка кожного залежить від антисоціальної активності	Можливий розподіл ролей, визначення функцій конкретних учасників	Постійний, запланований, на основі розподілу «праці», спеціалізації, за функціональними обов'язками	Постійний, запланований, на основі розподілу «праці», спеціалізації, за функціональними обов'язками, на підставі статуту і ролей в ієрархії

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України. – Харків: Парус, 2003. – 46 с.
2. Уголовный кодекс Украины (с изменениями и дополнениями по сост. на 10 октября 2003 г.). – Х.: Одиссей, 2003. – 315 с.
3. Андреева Г.М. Социальная психология. – М., 1980. – С. 176.
4. Алешин Д. Организованные формы соучастия в преступлениях по УК РФ и УК Украины // Законность. – 2002 – №1. – С. 51.
5. Бажанов М.І. Поняття організованої злочинної групи та злочинної організації // Збірник наукових праць Харківського центру по вивченню організованої злочинності. – 2003. – Вип.2. – С. 350.

6. Борисов І. Питання боротьби зі злочинністю. – Х.: Право, 1997. – Вип. 1. – С. 115.
7. Быков В.М. Преступная группа лиц: криминальные проблемы. – 1991. – С. 256.
8. Волженкин А. От преступления к наказанию. – 1973. – 207 с.
9. Гладких Р.Б. Криминологическая характеристика преступлений совершенных организованными группами // Следователь. – 1999. – №1. – С. 44.
10. Гуторова А.М. Вчинення злочину організованою групою осіб як форма співучасті по кримінальному праву України // Збірник наукових праць Харківського центру по вивченню організованої злочинності. – 2003.
11. Даньшин І.М. Усталені форми злочинності. Криминологічні нариси. – Х.: Академія Ярослава Мудрого, 2002. – С. 245.
12. Долгова А.И. Преступность, ее виды и организованная преступность / Материалы конференции. – 2001. – С. 3-8.
13. Жигоцкий П.Э. Латентный фон организованной преступности // Российский следователь. – 2005. – №2. – С. 19-22.
14. Зелинский А.Ф. Криминальная психология. – К.: Юринком Інтер, 1999. – С. 198.
15. Иванов Н.Г. Понятие и формы соучастия в советском уголовном праве. – 1991.
16. Козлов А.П., Слинко В. Организованная преступность / Изучение организованной преступности. – М., 1997. – С. 49-60.
17. Козлов А.П. Соучастие: традиции и реальность. – 2001.
18. Кондратьева О.Ф. Бандитські угруповання. Психологічні особливості організованих злочинних об'єднань // Науково-практичний посібник. – 2002. – С. 180-187.
19. Кондратьев А., Максименко М. Психологічні особливості організованих злочинних об'єднань. – Х.: НАВСУ, 2002.
20. Кучер Ю.А. Правовые формы определения преступной деятельности: Автореф... дис. канд. юрид. наук. – М, 1996.
21. Кузнецова А.Ф. Изучение организованной преступности. – М., 1997. – С. 60-61.
22. Малышев В.В. Процесс над мафией. – М.: Юрид. лит., 1989.
23. Мельников А.Н. Уголовная ответственность за совершение преступления группой лиц: Автореф... дис. канд. юрид. наук. – К, 2004.
24. Мельніков А.М. Види злочинних груп // Науковий вісник Юрид. Академії МВС України / Збірник наукових праць. – 2004. – №1. – С. 262-269.
25. Мондохонов Н. Понятие и признаки организованной группы // Законность. – 2004. – №10. – С. 7-9.
26. Мондохонов Н. Преступное сообщество // Российская Юстиция. – 2003. – №11.
27. Пристанская О.В. Групповая преступная деятельность несовершеннолетних // Журнал российского права. – 2002. – №12. – С. 22-32.
28. Оглоблин О.М. Судебная практика по уголовным делам РФ / Тематический сборник. – М, 2001. – С. 503.
29. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка / Российская АН., Ин-т Рус.яз; Российский фонд культуры. – М, 1992.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИННІ ПОРУШЕННЯ ЧИННИХ НА ТРАНСПОРТІ ПРАВИЛ

Бабанін С.В., викладач

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті проводиться аналіз встановлених у санкціях ст.ст.276, 281, 283, 286, 291 КК України видів покарань, обґрунтовуються пропозиції вдосконалення та уніфікації системи покарань за злочинні порушення чинних на транспорті правил.

Ключові слова: злочинні порушення чинних на транспорті правил, покарання.

Бабанін С.В. ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ УСТАНОВЛЕНИЯ НАКАЗАНИЯ ЗА ПРЕСТУПНЫЕ НАРУШЕНИЯ ДЕЙСТВУЮЩИХ НА ТРАНСПОРТЕ ПРАВИЛ / Днепропетровский государственный университет внутренних дел, Украина

В статье проводится анализ установленных санкциями ст.ст.276, 281, 283, 286, 291 УК Украины видов наказания, обосновываются предложения по усовершенствованию и унификации системы наказаний за преступные нарушения действующих на транспорте правил.

Ключевые слова: преступные нарушения действующих на транспорте правил, наказание.

Babanin S.V. THE PROBLEM ASPECTS OF APPOINTMENT OF THE PUNISHMENT FOR THE CRIMINAL INFRINGEMENTS OF THE RULES IN THE SPHERE OF TRANSPORT / Dnepropetrovkiy State University of internal affairs, Ukraine

The analysis of some kinds of punishments, established by the sanctions of art. 276, 281, 283, 286, 291 of the Criminal Code of Ukraine is carried out in this research; some proposals concerning improvement and unification of the system of punishments for criminal infringements of the rules in the sphere of transport are made.

Key words: criminal infringements of the rules in the sphere of transport, punishment.

Протидія злочинним порушенням чинних на транспорті правил є одним з пріоритетних напрямків діяльності правоохоронних органів України. Ефективність останньої досягається, зокрема, шляхом досягнення цілей покарання: кари засуджених, їх виправлення, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами (ч.2 ст.50 КК України).

Вирішення питань встановлення покарання за злочини, пов'язані з порушенням чинних на транспорті правил, мало неоднаковий характер у різні часи. Наведемо характерні приклади.

Так, вироком судової колегії з кримінальних справ Київського обласного суду від 5 жовтня 1945 р. було встановлено: "Гр. Ч., який працював протягом довгого часу водієм, злісно порушував правила руху на автомашині і трудову дисципліну: 05.04.45 р. їхав на автомашині з підробленим дорожнім листом; 17.06.45 р. рухався на несправній машині; 25.07.45 р. рухався на автомашині по забороненій зоні; 20.08.45 р., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, рухався на автомашині Форд-6, державний номер ФП-16-20, по Брест-Литовському шосе в районі міста з перевищенням швидкості – 50-60 км/год і здійснив наїзд на гр. Ш., який переходив дорогу, протягнувши останнього машиною метрів 10, спричинив смерть останнього, після чого зник з місця події. Тим самим гр. Ч. вчинив злісне порушення правил руху на автомашині, тобто злочин, передбачений ст.56 30-а ч.ІІ КК УРСР 1927 р. Враховуючи ступінь соціально небезпечного злочину, особу винного, суд постановив вирок, признавши покарання у вигляді вищої міри покарання – розстріл з конфіскацією належного винному майна" [1].

Чинний КК України за аналогічне діяння встановлює покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років із позбавленням права керувати транспортними засобами на строк до трьох років або без такого (ч.2 ст.286 КК).

Другий приклад, який стосується вже наших часів: "12.08.02 р. о 14 г. 10 хв. гр. Б. на території Судакського міського пляжу, не маючи посвідчення на право керування і навичок водіння, узявши напрокат водний мотоцикл із метою активного відпочинку, разом із гр. К. вийшли в акваторію міського пляжу, де, у порушення чинних міжнародних правил попередження зіткнення судів на морі, здійснив зіткнення з гідровелосипедом катамаранного типу, на якому знаходились брати О.В. і О.Р., чим спричинив удар, від якого брати впали у воду і О.Р. втонув". Постановою Феодосійського міського суду від 18.11.03 р. кримінальну справу стосовно гр. Б. закрито на підставі п. "б" ст.1, ст.6 Закону України "Про амністію" від 11.07.03 р. [2]. При цьому за злочин, який вчинив гр. Б., передбачено декілька альтернативних видів покарань, у тому числі і позбавлення волі до п'яти років (ст.291 КК України).

Звичайно ж наведені приклади характеризують крайні прояви вирішення законодавцем та правозастосовчими органами в різні часи питань встановлення і подальшого призначення покарання за злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту, але вони свідчать про наявність досить широкого кола проблем й на сьогодні, вирішення яких потребує проведення наукових досліджень із

пошуку оптимальної, науково обґрунтованої, вираженої системи покарань за аналізовані злочини, яка б повністю забезпечувала досягнення мети покарання.

Питанням покарання в цілому і, зокрема, питанням встановлення покарання за необережні злочини присвячено праці таких учених, як В.М. Кудрявцев, В.І. Зубкова, В.М. Трубников, В.В. Иванов, В.С. Квашис, В.А. Ломаки, В.Т. Маляренка, Ю.А. Демидова, В.А. Нерсесян та ін.

У роботі ми наведемо власні погляди стосовно проблеми встановлення системи покарань за злочинні порушення чинних на транспорті правил.

Аналіз видів покарань, передбачених у санкціях ст.ст.276, 281, 283, 286, 291 КК України, дає підстави визнати відсутність чітких критеріїв при встановленні видів та розмірів покарань у схожих за своїми об'єктивними ознаками складах злочинів.

Половина з них відноситься до тяжких (ч.2 ст.276, ч.2 ст.283, ч.2 ст.286 КК – строк позбавлення волі за їх вчинення перевищує п'ять років) та особливо тяжких (ч.3 ст.276, ч.3 ст.281, ч.3 ст.286 КК – строк позбавлення волі понад десять років!). Але, на наш погляд, відношення необережних злочинів (навіть таких, що спричинили досить великі суспільно небезпечні наслідки) до особливо тяжких є досить спірним. Прийняту в КК України 2001 р. класифікацію злочинів важко назвати досконалою, насамперед, тому що при визначенні тяжкості злочину відсутнє врахування форми вини особи при його вчиненні. Але навіть за існуючою класифікацією злочинів розглядувані норми, на наш погляд, повинні переважно більшістю відноситись до злочинів невеликої та середньої тяжкості, тобто строк позбавлення волі за їх вчинення не повинен перевищувати п'яти років. Доволі важко поставити знак рівності між, наприклад, порушенням працівником залізничного, водного або повітряного транспорту правил безпеки руху або експлуатації транспорту, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або заподіяло велику матеріальну шкоду (ч.2 ст.276 КК), за що передбачене позбавлення волі на строк від двох до семи років, та розбій (ч.1 ст.187 КК), який передбачає позбавлення волі від трьох до семи років.

“За своїми моральними та психологічними якостями переважна більшість осіб, які вчинили необережні злочини, не потребують таких суворих заходів кримінального покарання, як особи, винні у вчиненні умисного злочину” [3, 19]. Наслідки необережних діянь досить часто не є адекватними порушенням встановлених правил безпеки, не є пропорційними тяжкості і характеру порушуваних норм. Як зазначає Нерсесян В.А.: “Грубейшая неосторожность может не повлечь опасных для общества последствий, в то время как даже легкая неосмотрительность, простая забывчивость при определенных условиях причиняет огромный ущерб, приводит к человеческим жертвам. Поэтому преступные последствия неосторожного деяния не могут полностью характеризовать социальный облик правонарушителя. К тому же на совершение неосторожных преступлений большое влияние оказывают такие факторы, как усталость, нервная перегрузка, такие психические особенности личности, как сила воли, устойчивость внимания” [4, 66]. Саме тому людина, що вчинила злочин із необережності, у переважній більшості випадків не потребує застосування заходів виправлення, пов'язаних з ізоляцією від суспільства, чого не скажеш про осіб, що вчинили тяжкі умисні злочини. Отже встановлення великих розмірів строків позбавлення волі за вчинення необережних злочинів не є виправданим. Цієї ж думки дотримуються й інші вчені. Так, Б.В. Петухов і В.П. Ревін зазначають: “Исследования показывают, что чрезмерно длительные сроки лишения свободы не обеспечивают выполнения задач специального предупреждения. Путь совершенствования санкций в рассматриваемых нормах о транспортных правонарушениях может связываться с уменьшением до разумных пределов наказаний к лишению свободы и смещением санкций в сторону материальной ответственности” [5, 176]. Цей шлях вдосконалення санкцій ґрунтується на положенні, згідно з яким мета запобігання вчиненню нових злочинів досягається завдяки невідворотності покарання, а не його суворості [6, 116].

Порівняння санкцій аналізованих статей не дає нам чіткого критерію, яким керувався законодавець при встановленні в КК 2001 р. видів покарань та їх розмірів у частинах зазначених статей, які передбачають настання однакових наслідків у результаті порушення правил безпеки на транспорті. Наведемо декілька прикладів. Так, ч.1 ст.276 КК за створення небезпеки для життя людей або настання інших тяжких наслідків передбачає покарання у виді виправних роботи на строк до двох років або обмеження волі на строк до трьох років. Частина ж 1 ст.281 КК за створення аналогічної небезпеки передбачає покарання у виді штрафу до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешту на строк до шести місяців або обмеження волі на строк до трьох років. Таким чином, у складах, які, по суті, розрізняються лише суб'єктами (працівник повітряного транспорту і не працівник), збігається лише такий вид та розмір покарання, як обмеження волі. І, якщо такі види покарань, як штраф та виправні роботи, можна певною мірою прирівняти між собою (обидва покарання, фактично, полягають у грошовому стягненні з винної особи), то встановлення в ч.1 ст.281 КК такого виду покарання, як арешт, викликає запитання. Виходить, що особу, яка не є працівником повітряного транспорту, можна виправити, а також запобігти вчиненню нею нових злочинів, за допомогою арешту, а працівника транспорту не можна?

Про відсутність чіткого критерію при побудові аналізованих норм свідчить і встановлення в санкції ч.3 ст.276 КК за спричинення загибелі людей строку позбавлення волі від 7 до 12 років, а в ч.3 ст.281 КК за ті ж самі наслідки – від 5 до 12 років. Це далеко не вичерпний перелік прикладів і питань, які постають при аналізі санкцій розглядуваних статей.

Зазначені невідповідності, відсутність чіткої системи в санкціях аналізованих злочинів призводять, на наш погляд, до порушення такого міжнародно-правового та конституційного принципу, як рівність громадян перед законом. Відповідно до ч.2 ст.24 Конституції України: “Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками”. У наведених вище прикладах особи за порушення чинних на транспорті правил, що призвели до суспільно небезпечних наслідків, може бути встановлено різні види покарань чи їх строки за ознакою її приналежності до працівників транспорту або залежно від виду транспортного засобу, яким керувала ця особа, що й призводить до порушення принципу рівності громадян перед законом.

На наш погляд, встановлення великих (понад п’ять років) розмірів покарання у виді позбавлення волі на певний строк за необережні злочини не відповідає шляху інтеграції України до передової світової спільноти, яка стоїть на шляху відмови від карального правосуддя і все більше схиляється до правосуддя відновлюючого (відмова від застосування покарання до злочинів невеликої, середньої тяжкості, а також до частини тяжких злочинів). Так, наприклад, Х. Курі зазначає: “Посилення впливу покарань, у тому числі й стосовно злочинців, оцінюється...як сумнівний варіант вирішення проблеми. Розгляд цього питання на прикладі США, Фінляндії і Німеччини повинен показати, що ефективність жорстких санкцій, зокрема, у вигляді позбавлення волі, досить обмежена, якщо взагалі має місце. У кращому випадку досягається мінімальний ефект (якщо не враховувати етичні сумніви), хоча витрачаються надто великі матеріальні і нематеріальні кошти...” [7, 148-149, 155].

Підходи, які треба використовувати при конструюванні санкцій кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за злочинне порушення чинних на транспорті правил, досить вірно визначила, на наш погляд, Іванова В.В.: “Во-первых, определяющим подходом должно быть сохранение альтернативных санкций, что позволяет индивидуализировать наказание. Во-вторых, неэффективным с точки зрения общего и специального предупреждения (с учетом специфики психологии водителей) оказалось применение исправительных работ без лишения свободы, которые как бы превратились в штраф в рассрочку. Более приемлемыми в настоящее время нам представляются такие альтернативные наказания, как арест(содержание лица в строгой изоляции – «шоковая терапия») либо обязательные работы в свободное от основных занятий время... Кроме того, независимо от решения вопроса об альтернативности или безальтернативности санкций, установленных законом, для любого преступления, связанного с нарушением правил движения, должна быть предусмотрена, по нашему мнению, обязательность дополнительной меры наказания в виде лишения права управлять транспортным средством (или запрещения предоставлять такое право виновному, его не имеющему) на определенный срок” [8, 139].

Особливо хотілося б звернути увагу на останнє положення про необхідність встановлення такої обов’язкової додаткової міри покарання, як позбавлення права керувати транспортними засобами. Розділ XI “Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту” КК України передбачає такий вид покарання лише в ст.286 (ч.ч.1 та 2 статті передбачають це покарання як додаткове альтернативне). Санкція ст.287 КК також містить як одне з додаткових альтернативних покарань позбавлення права обіймати посади, пов’язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів. Лише санкції чотирьох складів злочинів з тридцяти восьми в розділі, що призначені боротися із злочинами на транспорті, містять зазначений вид покарання! На наш погляд, це суттєвий недолік чинного КК, оскільки позбавлення права керувати транспортними засобами або обіймати певні посади на транспорті відіграє одну з найважливіших превентивних ролей (як у спеціальній превенції – особа, яку позбавили права керувати транспортним засобом або обіймати певні посади на транспорті, має менше можливостей вчинити новий злочин на транспорті; так і в загальній превенції – усвідомлення можливості втрати права керування транспортним засобом особою, яка ним керує або втрати роботи, у разі вчинення злочину).

Окремо хотілося б зупинитися на питанні доцільності встановлення альтернативних видів покарань у необережних злочинах, зокрема, у злочинах проти безпеки руху та експлуатації транспорту. О.Г. Фролова зазначає: “Альтернативні санкції є корисними, коли діапазон ступеня суспільної небезпеки злочину є значним, а також коли діяння може стояти на межі між адміністративним або дисциплінарним порушенням. Таким чином, діапазон ступеня суспільної небезпеки свідомо повинен впливати на межі санкції й навпаки” [9, 128]. У даному випадку, на наш погляд, мова йде про альтернативні покарання, які суттєво відрізняються за ступенем своєї суворості. Саме за цим принципом законодавець, цілком справедливо, встановив альтернативні покарання в санкції ст.291 КК України. Дійсно, диспозиція цієї норми передбачає досить широкий діапазон ступеня суспільної небезпеки цього злочину (від

спричинення середньої тяжкості тілесних ушкоджень одній особі до загибелі багатьох людей). З урахуванням цього діапазону законодавець і встановлює альтернативні покарання від штрафу до позбавлення волі.

Але корисність альтернативних санкцій, на наш погляд, можлива і при невеликому діапазоні ступеня суспільної небезпеки злочину. У цьому випадку види та розміри покарань не повинні суттєво відрізнятися за ступенем своєї суворості, а їх корисність повинна полягати в можливості індивідуалізувати покарання з урахуванням усіх особливостей особи злочинця, зокрема, його майнового стану, трудової зайнятості. Так, наприклад, за вчинення злочину невеликої тяжкості особі, з урахуванням зазначених особливостей, може бути встановлено одне з наступних покарань: штраф, громадські роботи, виправні роботи.

Таким чином, санкції статей повинні відповідати суспільній небезпеці злочину. При їх законодавчому встановленні треба враховувати, що “наслідки при необережному діянні настають не по волі суб’єкта, не входять до змісту його мотиву та мети, а, навпаки, частіше за все суперечать суб’єктивній спрямованості його дій” [10, 51].

На підставі викладеного матеріалу ми пропонуємо підходи, згідно з якими, на наш погляд, доцільно було б встановлювати на законодавчому рівні види та розміри покарань за вчинення з необережності злочинних порушень чинних на транспорті правил:

- встановлення покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк повинно застосовуватись лише в злочинах, що передбачають відповідальність за спричинення загибелі однієї чи більше осіб, і строк цього покарання не повинний перевищувати 5-ти років;
- усі без винятку санкції розглядуваних злочинів повинні містити альтернативні види покарань залежно від діапазону ступеня суспільної небезпеки злочину або майнових можливостей злочинця (у злочинах невеликої тяжкості);
- усі без винятку санкції розглядуваних злочинів повинні містити в якості додаткового обов’язкового або додаткового альтернативного покарання позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Використання зазначених підходів надасть, на наш погляд, можливість уніфікувати систему покарань за злочинні порушення чинних на транспорті правил, а також сприятиме більш ефективному досягненню визначеної в сучасному національному кримінальному законі мети покарання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Смертна кара – за систематичність порушень // <http://www.zib.com.ua>.
2. Кримінальна справа № 1 п – 389 (03) // Архів Феодосійського міського суду.
3. Капішинський Є. Про подальше правове удосконалення кримінального покарання за необережні злочини // Вісник прокуратури. – 2001. – № 5 (11). – С. 18-21.
4. Нерсисян В.А. Неосторожные преступления (уголовная ответственность и наказуемость). – М., 1990.
5. Петухов Б.В., Ревин В.П. Уголовное законодательство и проблемы повышения эффективности борьбы с транспортными преступлениями // Проблемы формирования уголовной политики Российской Федерации и ее реализации органами внутренних дел: Труды Академии. – М., 1995.
6. Ломако В.А. О целях наказания и путях их достижения // Проблемы законности. Республиканский межведомственный научный сборник. – Выпуск 32. – Х., 1997.
7. Кури Х. Имеет ли наказание превентивный эффект? // Известия вузов. Правоведение. – 2001. – № 3. – С. 143-157.
8. Иванова В.В. Проблемы совершенствования практики борьбы с нарушениями правил безопасности дорожного движения // Особенности развития уголовной политики в современных условиях: Труды Академии. – М., 1996.
9. Фролова О.Г. Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів): Навчальний посібник. – К., 1997. – 250 с.
10. Квашиш В.Е. Преступная неосторожность. Социально-правовые и криминологические проблемы. – Владивосток, 1986.

ВІКТИМОЛОГІЧНА ПРОФІЛАКТИКА АГРЕСИВНИХ ЗЛОЧИНІВ

Лактіонова Т.В., здобувач

Національний університет внутрішніх справ МВС України

Статтю присвячено можливостям і перспективам різнорівневої корекції віктимних рис потенційних жертв агресивних злочинів з урахуванням типізації віктимної поведінки та теорій агресивності.

Ключові слова: агресія, віктимність, віктимізація, жертва, превенція, фрустрація.

Лактіонова Т.В. ВІКТИМОЛОГИЧЕСКАЯ ПРОФИЛАКТИКА АГРЕССИВНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ / Национальный университет внутренних дел МВД Украины

Статья посвящена возможностям и перспективам разноуровневой коррекции виктимных черт потенциальных жертв агрессивных преступлений с учетом типизации виктимного поведения и теорий агрессивности.

Ключевые слова: агрессия, виктимность, виктимизация, жертва, превенция, фрустрация.

Laktionova T.V. VICTIMOLOGICAL PREVENTIVE MAINTENANCE OF AGGRESSIVE CRIMES / Donets'k National University of Internal Affairs, Ukraine

The article is dedicated to the opportunities and prospects of multilevel correction of victim features of aggressive crimes potential victims in view of typification of victim behaviour and theories of aggression.

Key words: aggression, victimity, victimization, victim, prevention, frustration.

Світова громадськість, включаючи наукову, в останні десятиріччя все активніше цікавиться питаннями віктимологічної профілактики злочинів, особливо в її практичному втіленні. За часи радянського періоду піонерами віктимологічної превенції злочинів, у т.ч. щодо окремих видів, виступили Д.В. Ривман, В.І. Полубинський, В.Я. Рибальська [1]. Ці питання коротко висвітлюються в більшості сучасних підручників [2]. Вказана проблематика отримала свій певний подальший розвиток у дослідженнях українських і російських учених, у т.ч. у межах інших тем, зокрема, В.О. Тулякова, А.А. Гаджисвої, Т.В. Варчук, А.Л. Ситковського, С.В. Надтоки, А.Ю. Арефьева, О.В. Харченка, С.С. Косенка, О. Мойсюка, В. Веселухи, Б.М. Головкина тощо [3]. Основну увагу приділено ролі віктимної поведінки, запропоновано напрямки її нейтралізації. Видаються чисельні закордонні і вітчизняні методичні і практичні рекомендації із забезпечення особистої безпеки [4], адаптовані для сприйняття особами, що не мають глибоких правових знань. Криміналізація суспільства вимагає адекватної відповіді – віктимологічної профілактики агресивних злочинів.

В Україні попередження злочинів передбачено в межах деяких законів, у програмах боротьби зі злочинністю [5], планах роботи різних правоохоронних органів, але в них майже не відведено місця віктимологічній профілактиці, відсутні спеціальні розділи; іноді включено лише окремі заходи відповідного змісту. Загальна модель програми віктимологічної профілактики злочинів розроблена в дисертації О.Ю. Юрченко, присвяченій ролі віктимної поведінки [6]. Фахівцями Національної юридичної академії ім. Я. Мудрого на виконання п.110 Комплексної програми профілактики злочинності на 2001-2005 роки запропонований План заходів, спрямованих на формування в громадян антикримінальної культури, поширення знань і навичок, необхідних їм для того, щоб не стати жертвами злочинних проявів насильницького і корисливого характеру, запобігання необережним злочинам [7].

У практичній діяльності більшості суб'єктів превенція віктимологічного характеру посідає периферійне місце. Оперативний склад обмежується короткими бесідами з потерпілими або представниками віктимних груп. У порядку ст.23-1 КПК України передбачено подання слідчого про усунення причин і умов, що сприяють вчиненню злочинів. Аналогічне завдання виконує і окрема ухвала суду, яка відповідно до ст.273 КПК України є рішенням. Як свідчить аналіз відповідних документів, окремі ухвали суду приймаються досить рідко, а в поданнях слідчого в основному вимагається від адресатів посилити контроль, рідше – забезпечити освітлення вокзалів, територій. Вказані процесуальні документи несуть досить незначне віктимологічне навантаження.

Віктимологічна профілактика є однією з найдешевших; покликана заповнити прогалину в традиційних профілактичних заходах.

Цілями є напрацювання науково обгрунтованих, доцільних, реальних напрямків і форм встановлення, корегування масової, групової та індивідуальної віктимності з метою запобігання віктимізації та протидії злочинній агресії; відповідне вдосконалення нормативно-правової бази і напрямків роботи правоохоронних органів щодо профілактики злочинів.

Розрізняють 5 груп агресивних злочинів: 1 – проти життя, здоров'я, честі і гідності особи; 2 – проти держави, суспільної безпеки; 3 – незаконні насильницькі дії посадових осіб при виконанні службових повноважень; 4 – насильницькі статеві злочини; 5 – вандалізм [8].

Якщо систематизувати та імплантувати на ґрунт віктимології наукові розробки щодо рівней, суб'єктів, форм і класифікації заходів кримінологічно-попереджувальної діяльності [9], можна розробити наступну систему віктимологічної профілактики агресивних злочинів.

Загальна (загальносоціальна) профілактика здійснюється державою і її інституціями, суспільством і громадськими формуваннями; спрямована на все населення країни. Вона проводиться в життя через законодавство і державні плани соціального-економічного розвитку; забезпечує розв'язання протиріч у різних сферах суспільного життя, його гуманізацію і підвищення якості, що відповідно дозволяє знизити рівень агресії та масової віктимності, зменшити обсяг різноманітних причин і умов, зокрема віктимних ситуацій, що сприяють віктимізації потенційних жертв агресивних злочинів. Розвинутість країни об'єктивно зумовлює можливості захищеності її громадян. Своє значення загальна віктимологічна превенція виявляє на макрорівні, дає змогу використовувати її на мікрорівні щодо віктимних груп або осіб.

Спеціально-кримінологічний рівень віктимологічної профілактики полягає в цілеспрямованому впливові спеціальних суб'єктів (правоохоронних органів; державних і громадських утворень із правоохоронними функціями, наприклад, адмінкомісій виконкомів; приватних і громадських структур, що сприяють охороні правопорядку) на віктимогенні чинники, пов'язані з утворенням віктимних ситуацій (наприклад, небезпечні місця) і окремими видами віктимної поведінки, у т.ч. віктимних груп. Такими уразливими від злочинної агресії є маргінальні категорії („бомжі”, наркомани, повії, алкоголіки), фахівці, пов'язані з професійним ризиком (мільйонери, інкасатори, журналісти, водії таксі), особи з психофізичними особливостями (неповнолітні, старі тощо).

За класифікацією за змістом заходи віктимологічної профілактики однакові на всіх рівнях (економічні, соціальні, ідеологічні, технічні, організаційні, правові), але різні за обсягом. Загальні виступають базисом для останніх. Наприклад, загальні заходи ідеологічного характеру (зміцнення моралі, зокрема позитивно через культурно-виховну роботу впливають на групи та персоналії потенційних жертв із провокуючою поведінкою; організаційний макрорівень, наприклад, по вдосконаленню процесів міграції, зайнятості населення, зменшує небезпеку агресії щодо мігрантів, безробітних, маргіналів. Правові заходи загальної віктимологічної превенції різних форм передбачені в різних галузях права (регламентація порядку придбання, зберігання та вилучення зброї, позбавлення батьківських прав, виселення з житлової площі, примусовий розмін житла, протидія насильству в сім'ї, норми кримінально-процесуального права про необхідність виявлення причин і умов конкретного злочину тощо) або оснований на нормах права (правове виховання); визначають дотримання принципу законності віктимологічної профілактики на спеціально-кримінологічному та індивідуальному рівнях та межі конкретних заходів. Розробка охоронних технологій дозволяє використовувати їх ініціативним контингентом та приватними особами (наприклад, відповідне обладнання кабіни водія таксі, приміщень; засоби індивідуального захисту та ін.).

Індивідуальна віктимологічна профілактика здійснюється тими ж суб'єктами, що проводять спеціально-кримінологічну профілактику, в особі їх співробітників (дільничних інспекторів міліції, громадських інспекторів, представників добровільних громадських формувань), а також безпосередньо можливими жертвами злочинної агресії. Віктимологічна профілактика на індивідуальному рівні спрямована на нейтралізацію віктимних ситуацій і віктимогенних властивостей осіб; на активізацію їх внутрішнього потенціалу (фізичного, психічного, матеріально-технічного) для забезпечення їх безпеки з метою недопущення віктимізації.

Залежно від ступеня віктимності особистості можна розрізняти заходи первісної віктимологічної профілактики та заходи профілактики вторинної та рецидивної віктимізації. До перших відносяться гасіння віктимності ситуацій (наприклад, при патрулюванні вулиць, їх освітленні); оздоровлення мікросередовища (наприклад, вилучення з родини дитини або старого, що піддаються насильству; контроль за охороною праці та дотриманням алгоритмів дій у типових та екстремальних ситуаціях на віктимогенних об'єктах). Особливе місце в первісній превенції посідає корекція віктимної поведінки. Корекція віктимності в окремих громадян може проводитися у 2 формах: безпосередня (спрямована на особу, що стала потерпілою, або в стані, близькому до цього, наприклад, легковажна або аморальна поведінка в публічному місці) та рання (орієнтована на особу з високим ступенем віктимності, використовується при великих часових інтервалах) [10].

Так, по відношенню до осіб із негативною поведінкою необхідно вживати заходів, що дозволять мінімізувати шкідливі риси за рахунок розвитку позитивних якостей і цінностей. Головним завданням впливу соціального оточення щодо агресивних жертв, наприклад, сімейних деспотів, стає пом'якшення і ліквідація агресивності та деструктивності, формування стримуючих установок і нормальних моделей поведінки, як шляхом переконання, так і з використанням примусових заходів, лікування від алкоголізму. У жертв із провокуючою поведінкою потрібно зменшувати відповідні характерологічні риси (легковажність, аморальність, надокучливість та ін.), життєві установки (дезорганізованість маргіналів, схильність до подружніх зрад або безладних статевих контактів і т.п.), ціннісні орієнтації, що представляє собою значні труднощі.

Формування обачливості корисно для всіх, особливо – для некритичних жертв (підприємців, дітей і т.п.). Вони мають навчитися диференціювати віктимні ситуації, позбавитися самовпевненості.

У жертв із позитивною поведінкою, перш за все – ініціативних за ознакою соціально-рольового статусу (співробітників правоохоронної сфери, інкасаторів, журналістів та ін.), а також пасивних і нейтральних жертв необхідно актуалізувати їх фізичний і психологічний потенціал, особливо такі якості, як сміливість, рішучість, уважливості, швидкість психосоматичних реакцій, стійкість до фізичних і психічних навантажень, аналітичність мислення, вміння обирати найбільш оптимальні шляхи вирішення проблем, у т.ч.в екстремальних ситуаціях тощо.

Якщо пасивні жертви по різних причинах виявляють психологічну неготовність протистояти злочинцю, необхідно використовувати заходи, спрямовані на безпосередній їх захист; надавати їм знання про алгоритм дій при загрожуючих обставинах та їх практичне відпрацювання.

Віктимологічна профілактика агресивних злочинів повинна здійснюватися комплексно. Так, підвищення рівня життя, зайнятість жінок та вирішення інших соціальних проблем на макрорівні сприяє скороченню такої віктимної (аморальної) групи, як повії, які часто стають жертвами ексцесів – вбивств, у т.ч.на сексуальному ґрунті, побоїв. На спеціально-кримінологічному рівні проводиться робота по встановленню місць їх концентрації та оперативно-профілактичні заходи з протидії проституції, проводиться пропагандистська робота в засобах масової інформації. Легалізація проституції як „вічного брудного явища” – дискусійне питання, але в організаційному плані вона дозволить забезпечити безпеку повії і їх клієнтів. Індивідуально використовується переконання шляхом бесід, правовий примус шляхом притягнення до адміністративної або кримінальної відповідальності. Можливі ідеологічний вплив з боку родини, надання допомоги в працевлаштуванні як економічний захід тощо.

Окреме місце у віктимологічній профілактиці агресивних злочинів посідають злочини проти національної та суспільної безпеки. На перший план у політичній кримінології виходить загальна віктимологічна профілактика. Так, політичний тероризм спрямований проти видатних діячів або має випадковий чисельні жертви, тому спеціально-кримінологічні заходи можуть вживатися до окремих груп (політичної та економічної еліти, контингенту миротворчих сил тощо), а індивідуальна профілактика має край обмежені можливості, а саме стосовно усунення нездорових ситуацій та охорони державних і громадських лідерів.

Щоб розробити конкретні психологічні алгоритми протидії агресії, необхідно мати уяву про її можливі джерела. Рациональне зерно є в різних теоріях: нативистських і фрейдистських (агресія як природна властивість); інтрапсихічних (гіпотези фрустрації); теорії відчуження (відповідь на відчуття відторгненості); нейробіологічних (фізіологічні механізми, залежні від стану і досвіду); теорія соціального навчання (агресія як наслідування моделі) [8; 11]. Виходячи з вищесказаного, слід мінімізувати контакти з агресивними особами; при неможливості уникнути зіткнення можна робити спроби комунікативно виявляти подразнюючі чинники та ситуаційно нівелювати фрустраційні ознаки або виявляти емпатію до проблем опонента, якщо він їх озвучить шляхом докори за аналогією, що дозволить агресору побачити в об'єкті своєї деструктивної сили дещо позитивне, яке потребує збереження і захисту; примусить подолати засвоєні стереотипи, відмовитися від агресії або пом'якшити її.

Дати навички протистояти злочинній агресії можуть індивідуальні бесіди; психотренінги безконфліктного спілкування, асертивності; курси самооборони, безпечної поведінки, виходу з кризових ситуацій, використання засобів захисту і самозахисту, а також фізична підготовка.

Велике значення має транспарентність суспільства. Край неприпустимим є приховання відомостей про серійні агресивні злочини, зокрема статеві. Мінімізує можливість стати жертвою тероризму знання про небезпечні регіони; уникнення поїздок до них, скупчення людей.

Сьогодні потребує розробки закону України „Про попередження злочинів”, життєздатних програм і планів профілактики злочинів з обов'язковим розділом „Віктимологічна профілактика злочинів”.

Із метою складання профілю жертв ізлочинів і запобігання рецидивній віктимізації необхідно вдосконалити оперативне прогнозування і облік потерпілих, у т.ч. з урахуванням повторних. Із метою автоматизованого відстеження індивідуальної віктимізації громадян, виявлення рецидивних жертв слід створити і надалі використовувати в практичній діяльності правоохоронних органів уніфіковану електронну інформаційно-пошукову систему “Потерпілий”; розробити і впровадити науково обґрунтовані і зручні методику визначення віктимності та в пролонгованому вигляді проводити з потенційними та реальними жертвами агресивних злочинів відповідні заходи, у першу чергу – надавати методичну допомогу. Перспективно використовувати віктимологічний потенціал кримінально-процесуальних форм попередження злочинів (подань слідчого, окремих ухвал суду). Доцільним є створення віктимологічної служби в міліції.

Для недопущення вторинної віктимізації необхідні заходи, пов'язані з поновленням прав реальної жертви. Німецький дослідник Г.Й. Шнайдер прямо вказує на превентивне навантаження надання допомоги жертвам злочинів [12]. В Україні доцільно обґрунтувати загальні принципи поновлення прав жертв злочинів; розширити зміст та обсяги юридичної допомоги; розробити основні напрямки їх реабілітації (соціальної, психологічної, медичної, професійної тощо); створити міжвідомчі інструкції, зокрема, про порядок надання першої допомоги жертвам зґвалтувань; сформувати механізм матеріальної компенсації жертвам злочинів.

Необхідно урахування віктимологічних даних у містобудівництві.

Посилити віктимологічну профілактику агресивних злочинів можуть спрощення процесуальних процедур вилучення можливої жертви з оточення; організація фінансово доступних громадянам тренінгів самозахисту; психологічного корегування і курсів самооборони тощо.

Виправдано ініціювати перед об'єктами адміністраціями питання щодо організації „гарячої лінії”; створення на базі місцевих соціальних служб груп запобігання правопорушенням проти самотніх літніх; взаємодопомоги жертві злочинів; регіональних центрів з організації інформаційно-освітньої роботи з громадськістю по формуванню безпечної поведінки.

Корисно запровадити проведення центрами соціальних служб і навчальними закладами лекційних та семінарських курсів, спрямованих на формування навичок протистояння насильству, у т.ч. родинному.

Необхідно жити спільно з органами державної влади і місцевого самоврядування комплекс заходів щодо створення та відновлення діяльності громадських формувань з охорони громадського порядку.

З метою формування правової свідомості громадян потрібно забезпечити виготовлення та розповсюдження серед населення друкованої продукції та фото-відеоматеріалів про необхідну оборону та крайню необхідність, правила забезпечення особистої безпеки, алгоритм дій у криміногенній ситуації, моделювання правових і психологічних способів протистояння службовому насильству та наклепу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ривман Д.В. Криминальная виктимология. – СПб.: Питер, 2002. – 304 с. – С. 240-284; Полубинский В.И. Виктимологические аспекты профилактики преступлений: Учебное пособие. – М.: Академия МВД СССР, 1980. – 75с.; Рыбальская В.Я. О виктимологическом направлении профилактики преступности несовершеннолетних // Виктимология и профилактика правонарушений / Дагель П.С., Сомин В.Н., Турчин Д.А., Шиканов В.И. – Иркутск: Иркутский государственный университет, 1979. - 189 с. – С. 66-71.
2. Зелинский А.Ф. Криминология: Курс лекций. – Харьков: Прапор, 1996. – 260с. – С. 148-150; Лихолоб В.Г., Филонов В.П., Коваленко О.И., Михайлов А.Е.: Криминология: Учебник (для учебных заведений МВД Украины) / Под ред. В.Г.Лихолоба и В.П.Филонова. – Киев-Донецк, 1997. – 398 с. – С. 135-141.
3. Туляков В.А. Виктимология (социальные и криминологические проблемы). – Одесса: Юридическая литература, 2000. – 336 с.; Гаджиева А.А. Виктимология и ее роль в профилактике преступлений: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Краснодар, 2000; Варчук Т.В. Виктимологические аспекты профилактики имущественных преступлений в условиях крупного города (по материалам квартирных краж в г. Москве): Дис... канд. юрид. наук.: 12.00.08. – М., 1999; Ситковский А.Л. Виктимологические проблемы профилактики корыстных преступлений против собственности граждан: Дис... канд. юрид. наук.: 12.00.08. – М.: Юрид. инст. МВД России, 1995. – 190 с.; Харченко О.В. Виктимологические проблемы предупреждения преступлений против семьи и несовершеннолетних (по материалам г. Санкт-Петербурга): Автореф. дисс... канд. юрид. наук.: 12.00.08. – С.-Петербург: МВД России, С.-Петербургский университет, 1999. – 21с.; Надтока С.В. Виктимологические аспекты профилактики насильственных преступлений: Дисс. канд. юрид. наук: 12.00.08. – Ростов-на-Дону: Ростовский юридический институт МВД России, 1999; Арефьев А.Ю. Проблемы виктимологической профилактики квартирных краж, грабежей и разбойных нападений на квартиры: Дисс... канд. юрид. наук – Н.Новгород: Нижегородская ВШ МВД РФ, 1994. – 189с.; Косенко С.С. Віктимологічна профілактика статевих злочинів щодо неповнолітніх: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – К: НАВСУ, 2004; Мойсюк О. Віктимологічна профілактика порушень правил безпеки дорожнього руху // Право України. – 1999. – №3. – С.56-59; Веселуха В. Значення віктимологічної профілактики в системі запобігання злочинності // Право України. – 1999. – №10. – С. 67-70,73; Головкін Б.М. Криминологічні проблеми умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень, що вчиняються у сімейно-побутовій сфері. – Харків: Нове слово, 2004. – 252с.
4. Дубягин Ю.П. Как не пропасть без вести. – СПб., 1996. – (Серия «Школа безопасности»); Дубягин Ю.П. Следующая жертва – ты: Азбука безопасности. – М., 1995; Защити себя сам /

- В.А. Козарь, И.Н. Кременев, В.В. Макаров и др. – Калининград: Янтарная сказка, 2001. – 86с.; Личная безопасность, Меры предосторожности в повседневной жизни. Поведение в экстремальных ситуациях: Энциклопедия для детей. Дополнительный том. – М.: Аванта, 2001. – 448 с.; Бэскинд Э. Энциклопедия личной безопасности. – М.: Аквариум, 1995. – 144с. ; Криминальная полиция советует, как не стать жертвой преступления / Сост. Ковальский В.С. – К.: Ассоциация «Гражданский мир», 1992. – 96 с.; Practical ways to crack crime: The family guide. – London, 1991. – 28 p.
5. Про попередження насильства в сім'ї: Закон України від 15.11.2001 № 2789-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 51. – Ст.2258; Про міліцію: Закон України від 20.12.1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 4. – Ст.20; Комплексна програма профілактики злочинності на 2001-2005 роки, затверджена Указом Президента України від 25.12.2000 р. № 1376/2000.
 6. Юрченко О.Ю. Роль віктимної поведінки потерпілих при вчиненні тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи в Україні: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Харків: НЮАУ ім.Я.Мудрого, 2004. – 188 с. – С. 149-154.
 7. Голіна В.В., Батиргарєєва В.С., Головкін Б.М. План заходів, спрямованих на формування у громадян антикримінальної культури, поширення знань і навичок, необхідних їм для того, щоб не стати жертвами злочинних проявів насильницького і корисливого характеру, запобігання необережним злочинам // Питання боротьби зі злочинністю: Збірник наукових праць Академії правових наук України. – 2004. – Вип. 9. – 211 с. – С. 189-205.
 8. Зелинский А.Ф. Криминальная психология. Научно-практическое издание. – К.: Юринком Интер, 1999. – 240 с. – С. 172-176.
 9. Криминология: Пособие для подготовки к экзамену / Под ред. В.Н. Бурлакова, Н.М. Кропачева. – СПб.: Питер, 2003. – 208с. – С.88-100; Долгова А.И. Криминология. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2004. – 352с. – С.283-296; Криминология: Учебник / Беляев Н.А., Волгарева И.В., Кропачев Н.М. и др.; Под ред. В.В.Орехова. – СПб.: Изд-во С.-Петербургского университета, 1992. – 216с. – С.137-150.
 10. Организация деятельности органов внутренних дел по предупреждению преступлений: Учебник для слушателей Академии управления МВД России / Под ред. проф. В.Д. Малкова, доц. А.Ф. Токарева. – М.: Академия управления МВД России, 2000. – 322 с. – С. 89-90.
 11. Годфруа Ж. Что такое психология: В 2-х т.-Т.1: Пер. с франц. – М.: Мир, 1992. – 496с. – С.289-293; Немов Р.С. Психология. Учеб. для студентов высш.пед.учеб.заведений. В 2-х кн. Кн.1.Общие основы психологии. – М.: Просвещение: Владос, 1994. – 576 с. – С. 351.
 12. Шнайдер Г.Й. Криминология: Пер. с нем. / Под общ. ред. и с предисл. Л.О. Иванова. – М.: Изд. группа «Прогресс»-«Универс», 1994. – 504 с. – С.354-355, 367.

РОЗДІЛ VI. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.415

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЯВЛЕННЯ ОЗНАК СКОЄННЯ ЗЛОЧИНІВ У ФІНАНСОВИХ ТА БАНКІВСЬКИХ УСТАНОВАХ НА ПОЧАТКОВОМУ І НАСТУПНОМУ ЕТАПАХ РОЗСЛІДУВАННЯ

Сабадаш В.П., к.ю.н., доцент

Запорізький національний університет

Стаття присвячена особливостям виявлення ознак скоєння злочинів у фінансових та банківських установах на початковому і наступному етапах розслідування. Досліджені питання, що підлягають з'ясуванню в ході розслідування аналізованої категорії злочинів, наведені види документів, що повинні бути витребувані та вивчені слідчим на початковому та наступному етапах розслідування кримінальної справи, наведені особливості провадження окремих слідчих дій із метою виявлення ознак скоєння цієї категорії злочинів.

Ключові слова: ознака, скоєння, документ, розслідування, виявлення, дослідження, злочин, кредит, фінансова установа, банківська установа, окрема слідча дія.

Сабадаш В.П. НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ВЫЯВЛЕНИЯ ПРИЗНАКОВ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В ФИНАНСОВЫХ И БАНКОВСКИХ УЧРЕЖДЕНИЯХ НА ПЕРВОНАЧАЛЬНОМ И ПОСЛЕДУЮЩЕМ ЭТАПАХ РАССЛЕДОВАНИЯ / Запорожский национальный университет, Украина
Статья посвящается особенностям выявления признаков совершения преступлений в финансовых и банковских учреждениях на первоначальном и последующем этапах расследования. Исследованы вопросы, которые подлежат установлению в ходе расследования анализируемой категории преступлений, приведены виды документов, которые должны быть истребованы и изучены следователем на первоначальном и последующем этапах расследования уголовного дела, приведены особенности производства отдельных следственных действий с целью выявления признаков совершения этой категории преступлений.

Ключевые слова: признак, совершение, документ, расследование, выявление, исследование, преступление, кредит, финансовое учреждение, банковское учреждение, отдельное следственное действие.

Sabadash V.P. SOME FEATURES OF REVEALING OF DISTINCTIONS OF CRIMES COMMITTING IN FINANCIAL AND BANK ESTABLISHMENTS ON INITIAL AND SUBSEQUENT STAGES OF INVESTIGATION / Zaporizhzhya National University, Ukraine

The article is dedicated to the features of revealing of distinctions of crimes committing in financial and bank establishments on initial and the subsequent stages of investigation. The article also deals with the questions, which must be answered during investigation of the analyzed category of crimes, the kinds of documents which should be obtained on demand of the inspector and investigated by him on initial and the subsequent stages of investigation of criminal case, the features of executing of separate investigatory actions with the purpose of revealing of distinctions of committing of this category of crimes are represented.

Key words: an attribute, committing, document, investigation, revealing, research, crime, credit, financial establishment, separate investigatory action.

Із початком економічних перетворень в Україні, зі зміною кредитно-банківської політики, створенням комерційних банків загострилася криміногенна ситуація, яка поставила вимогу проведення правових досліджень раніше невідомих негативних явищ. Так, здійснювані в Україні заходи з переходу до ринкової економіки дійсно створили передумови для підприємницької діяльності громадян, у напрямі розвитку якої останніми роками зроблено ряд рішучих кроків, але перехід на нові форми господарювання, поряд із позитивними змінами в економіці, викликав появу факторів, що створюють умови для вчинення різноманітних зловживань. Постає об'єктивна необхідність у встановленні кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з посяганням на кредитні ресурси (ст.222 КК України), заподіянням збитку кредиторам (ст.ст.205, 218, 219, 220 КК України), у розробленні відповідної криміналістичної характеристики цих злочинів, а також у визначенні основних напрямків діяльності правоохоронних органів по виявленню ознак скоєння злочинів у цій сфері.

Актуальність даної статті полягає у тому, що на сьогоднішній день ще гостро стоїть проблема охорони законних інтересів фінансових і банківських установ від осіб, які шляхом шахрайства заволодівають кредитами (у тому числі від фіктивних підприємців) або не бажають їх повертати, хоча б і ціною неправдивого банкрутства, від власних безчесних керівників і засновників, говорячи про злочини, які скоюються у фінансових і банківських установах. Тому діяльність правоохоронних органів у даний час повинна бути спрямована саме на розкриття злочинів, пов'язаних із неповерненням кредитних ресурсів, на захист інтересів у першу чергу банківських установ.

Необхідно відмітити, що криміналісти України провадили широкі дослідження проблем діяльності правоохоронних органів по виявленню ознак скоєння економічних злочинів, пов'язаних, зокрема, і з посяганнями на фінансові ресурси (Ю.П. Аленін, С.А. Антонов, Н.О. Бабич, В.П. Бахін, І.О. Возгрін, В.О. Коновалова, В.І. Ларичев, Г.А. Матусовський та ін.), у тому числі з застосуванням судово-бухгалтерських, криміналістичних та інших видів судових експертиз (Н.І. Белуха, В.К. Дудко, В.М. Глібоко та ін.). Криміногенні тенденції в банківській сфері, зокрема, у кредитній діяльності, стали об'єктом дослідження кримінологів і криміналістів, результатом чого з'явилися перші публікації з кримінології (В.М. Попович).

Метою даної статті є визначення деяких особливостей діяльності правоохоронних органів із виявлення ознак скоєння злочинів у фінансових і банківських установах на початковому та наступному етапах розслідування, насамперед, що стосується питань, які підлягають з'ясуванню в ході розслідування аналізованої категорії злочинів, вивченні видів документів, що повинні бути витребувані слідчим на початковому та наступному етапах розслідування кримінальної справи, визначення особливостей провадження окремих слідчих дій з метою виявлення ознак скоєння цієї категорії злочинів.

При розслідуванні аналізованого виду злочинів і виявленні ознак скоєння даних злочинів на початковому і наступних етапах розслідування варто виділити два аспекти: 1) питання, що підлягають з'ясуванню в ході розслідування, і 2) види документів, що містять інформацію про кредитні операції [1].

○ Питання, що підлягають з'ясуванню в ході розслідування:

Найважливішими джерелами відомостей про зроблені кредитні операції, що є об'єктами розслідування, виступають робітники кредитно-фінансових установ (кредитної, операційної служби та ін.) і представники позичальника. Робітники кредитної служби можуть мати у своєму розпорядженні дані про те, хто і коли звернувся з проханням про надання кредиту; чи знайоме керівництво з позичальником, у яких відносинах перебуває з ним; у яких відносинах перебуває керівництво кредитної установи з позичальником; чи робив хто-небудь із робітників кредитних установ позичальнику протекцію в наданні кредиту; які документи були надані позичальником для одержання кредиту; які документи були надані для забезпечення кредиту; де знаходяться ці документи і доступ до них; хто виніс рішення про надання кредиту; хто безпосередньо працював із документами позичальника; куди були перераховані кредитні кошти; хто повинен здійснювати контроль за використанням кредиту і хто його здійснював; які документи повинні бути складені кредитором для реєстрації наданого кредиту і контролю за ним; ким складаються і ведуться такі документи, де вони знаходяться і хто має право доступу до них; хто з робітників кредитної установи брав участь в інвентаризації предмета застави; коли були повернуті кредитні кошти; чи були відомості про неплатоспроможність позичальника, гаранта; чи надходили відомості про розпродаж позичальником майна, згорання офіса; ким, коли, які засоби застосовувалися для забезпечення кредиту; ким, коли, які засоби застосовувалися для повернення кредиту; хто і коли готував претензійні документи і документи в суд.

Позичальник має такі відомості: про те, хто і коли приймав рішення про необхідність одержання кредиту; хто і чому запропонував дану кредитну установу; чи пропонувалися інші варіанти і ким; у яких відносинах із робітниками кредитної установи знаходиться позичальник; ким, які і коли документи були надані для одержання кредиту; чи є власне майно й у яку суму воно оцінюється, де знаходиться; які є документи, що підтверджують право власності на майно і де вони знаходяться, умови збереження, хто має до них доступ, яким майном забезпечувався кредит, документи на право власності на це майно; коли і ким був укладений кредитний договір; чи передбачалося виконання укладеного договору; хто приймав рішення про використання кредиту; кому і коли були перераховані кредитні кошти; що (сировина, готова продукція, товар і т.д.) отримано, по яких документах і де знаходиться; хто, коли і куди здійснював перевезення; відповідно до яких документів здійснювалося перевезення; де знаходяться перевезені предмети; хто, коли, відповідно до яких документів одержував продукцію (приймав виконані роботи, зроблені послуги); чи оприбутковувалась продукція по бухгалтерії, ким і коли, якими документами і ким; коли оприбутковувалась продукція на складі, де знаходяться документи; яку продукцію одержували й у якій кількості; яку продукцію оприбутковували й у якій кількості; ким, коли, кому і відповідно до яких документів здійснювався відпуск продукції; ким і коли повернутий кредит, відповідно до яких документів.

○ Документи, що містять інформацію про кредитні операції.

Їх можна розділити на дві основні групи: 1) які вилучаються для вирішення питання про порушення кримінальної справи і 2) які містять повну інформацію про кредитно-фінансові операції. До першої групи відносяться: а) документи, безпосередньо пов'язані зі злочинною подією, у тому числі ті, що є предметом злочинного зазіхання (документи фіктивні, із слідами виправлень, що приховують незаконні операції і т.п.); б) документи, що встановлюють визначені обставини, пов'язані з подіями, про які надійшло повідомлення (статистична, аналітична й інша документація); в) матеріали перевірок, проведених установами Національного банку України, податкової адміністрації, контрольно-ревізійної служби (акти ревізій, інвентаризації, відомчих експертів і т.п.).

До другої групи відносяться: а) документи для відкриття поточного рахунку в банку – установчі документи позичальника (статут, положення), надані в банк; свідоцтво про реєстрацію позичальника у виконавчому комітеті за місцем перебування; договір із позичальником на банківське обслуговування; копії карток із зразками підписів керівника і бухгалтера; довідка з податкової адміністрації про постановку на облік, довідка статистичного управління про присвоєння кодів ЄДРПОУ;

- б) документи позичальника, подані в банк для одержання кредиту – прохання про надання кредиту з указівкою призначення, суми, терміну повернення і його забезпечення; стисла характеристика угоди, розрахунок економічної ефективності угоди; копія договору-контракту, для здійснення якого береться кредит (оренди, купівлі-продажу, проведення робіт і т.п.); бухгалтерські статистичні звіти (про фінансові результати, декларації про прибутки і т.п.);
- в) документи і відомості, що підтверджують забезпечення повернення кредиту і платоспроможність позичальника – документи, що підтверджують право власності на земельні ділянки, право оренди земельних ділянок, обладнання, транспортних засобів і т.п.; витяги з рахунків позичальника, поточний рахунок якого знаходиться в іншій кредитній установі; бухгалтерські звіти (баланси, декларації про прибутки і т.п.); зобов'язання-доручення погашення кредиту; повідомлення позичальника про прийняття гарантійного листа як забезпечення кредиту; документи, що підтверджують кредитоспроможність гаранта; договір застави; документи, що підтверджують право власності на закладене майно; витяг із балансу з розшифруванням балансової вартості предмета застави; страховий поліс на страхування посівів на випадок надання під заставу майбутнього врожаю; договір іпотеки, завірений нотаріально з заборобою відчуження; акт інвентаризації об'єкта незавершеного будівництва, наданого під заставу; акт оцінки реальної вартості цінних паперів, наданих під заставу; акт передачі банку цінних паперів на збереження; договір страхування закладеного майна, що знаходиться в позичальника і майна, що було здано в оренду;
- г) документи по використанню кредиту – книга запису застав; повідомлення кредитної установи про решту майна, закладеного позичальником в оренду; виписки з поточного рахунку позичальника про наявність і рух коштів; платіжне доручення на переведення коштів; прибуткові і видаткові накладні; товарно-транспортні документи на доставку продукції, договори, листи про відпуск продукції; платіжні документи на сплату продукції; видатковий касовий ордер і інші документи, пов'язані з переведенням коштів у готівку і її використання; лист постачальнику про передресування залишку коштів позичальника іншій комерційній структурі; доручення на одержання продукції; доручення автотранспортного підприємства на одержання продукції й інші товарно-транспортні документи на отриману продукцію; журнали реєстрації платіжних доручень і вихідних документів в автотранспортному підприємстві, що здійснює перевезення продукції; документи складського обліку і збереження позичальника;
- д) документи по поверненню кредиту – платіжне доручення позичальника про повернення боргу в розмірі кредиту і відсотків по ньому або розпорядження банку про списання коштів із рахунку позичальника після закінчення терміну зобов'язань по кредитному договору; додаткова угода про збільшення термінів по кредитному договору разом із зміною договору поруки; додаткова угода про збільшення процентних ставок за кредит у випадку неповернення кредиту (відсотків) у строк; листи про неможливість виконання зобов'язань; претензія з повідомленням про вручення; заява в суд про визнання позичальника банкрутом; рішення суду про визнання позичальника банкрутом; матеріали, що свідчать про навмисне банкрутство, шахрайські дії позичальника й інших учасників.

Крім того, ознаки вчинення злочину у фінансових і банківських установах можливо виявити при провадженні окремих слідчих дій.

Діяльність органів досудового слідства в кримінальному судочинстві по виявленню ознак скоєння злочину протікає у визначеній процесуальній формі, що зобов'язує здійснювати слідчі дії в необхідному порядку, із дотриманням встановлених умов і послідовності. Процесу розслідування злочинів, що скоюються у фінансових і банківських установах, поряд із загальними, властиві також специфічні тактичні прийоми виробництва окремих слідчих дій.

На думку В.І. Комісарова, тактика провадження окремих слідчих дій у типових ситуаціях, обумовлених місцем, об'єктом, цілями й іншими факторами, що здійснюють безпосередній вплив на систематизацію і реалізацію тактичних прийомів, нерозривно пов'язана з процесуальною структурою і характером здійснення процесуальних дій [2].

До числа невідкладних початкових слідчих дій, спрямованих на виявлення ознак скоєння злочинів даної категорії, на нашу думку, можна віднести вилучення (виїмку) або виявлення і вилучення (обшук) документів.

Підстави, процесуальний порядок і особливості виробництва виїмки визначені кримінально-процесуальним законодавством (ст.ст.178-183, 186, 188-189 КПК України) [3]. Підстави витребування документів до порушення кримінальної справи у суб'єктів підприємницької діяльності, незалежно від форм власності, визначені в ч.4 ст.97 КПК України [4].

Зокрема, ознаки скоєння злочину по даній категорії справ можна виявити при дослідженні первинних документів, таких, наприклад, як накладна на придбану продукцію (матеріали) і т.п., документи зведених обліків і звітні. Для їхнього вивчення (а іноді огляду, добору з наступним вилученням) доцільно запрошення спеціаліста в області фінансової справи, економіки [5].

Документом є діловий папір, що підтверджує який-небудь факт або право на щось, письмове свідчення про що-небудь [6].

У криміналістиці під документом розуміється письмовий акт або спеціально виготовлений предмет, на якому за допомогою листа або інших знакових систем зафіксовані (засвідчені) відомості про обставини, що відносяться до справи, що піддаються спеціальному дослідженню з метою з'ясування їхнього доказуючого значення [7].

Мета вивчення документів – одержати достовірні відомості про фінансово-господарську діяльність організації, її платоспроможність, цільове використання засобів, що знаходяться в її розпорядженні, і т.п. Вважаємо, що розслідування будь-якого злочину даної сфери неминуче охоплює цілий комплекс питань, пов'язаних із діяльністю, що перевіряється юридичною особою. Оптимальним варіантом для одержання достатньо повної й об'єктивної картини такої діяльності є проведення фінансово-економічної експертизи [8].

Частіше усього фінансово-економічні дослідження проводяться або для аналізу фінансових результатів і визначення фінансового стану підприємства (організації), або для визначення розміру неправомірно отриманих прибутків у результаті недотримання правил скоєння фінансових операцій, схованого від держави прибутку, необґрунтованих відрахувань у грошові фонди, необґрунтованого одержання кредитів. Потреба в організації фінансово-економічних експертиз може виникати також при необхідності дослідження фінансової ситуації, пов'язаної з одержанням кредиту, із завищенням продажних, заниженням закупівельних цін, перевищенням граничного рівня рентабельності й одержанням сверхприбутку підприємствами-монополістами.

При призначенні фінансово-економічної експертизи, у тому числі і по справах про кредитування, перед експертами необхідно поставити насамперед такі питання:

- а) чи відповідають звітні дані підприємства його фінансовому стану і якщо ні, то які економічні фактори призвели до неплатоспроможності;
- б) чи дозволяв фінансовий стан підприємства давати кредит (позику) іншому підприємству і якщо так, то за рахунок яких джерел;
- в) чи відповідає собівартість продукції (робіт, послуг) підприємства зробленим витратам і якщо так, то чи не спричинило це заниження даних про прибуток підприємства;
- г) чи не свідчать фінансові операції підприємства про відволікання засобів із господарського обороту і їхнього нецільового використання.

Проведенню судової фінансово-економічної експертизи може передувати ревізія.

Крім того, серед джерел доказів по справах аналізованої категорії особливе місце приділяється документам, що виступають у якості речових доказів. Документи, що відображують різноманітні операції, можуть виступати в якості таких тільки при наявності визначених ознак, установлених кримінально-процесуальним законодавством. Виходячи з тлумачення змісту ст.78 КПК України, документи виступають у якості доказів у тому випадку, коли вони зберегли на собі сліди злочину [9].

На думку Б.В. Коробейнікова, «документи, у яких криміналістичному дослідженню піддавався зміст, нерідко називають письмовими доказами. Ті ж документи, де досліджується форма, звичайно іменуються речовинними доказами» [10]. У якості речових доказів виступають документи, що містять різноманітні

підробки (матеріальний, інтелектуальний). Після огляду документів, завжди йде оцінка цих документів слідчим.

Оцінка документа як джерела доказів полягає у тому, що слідчий вирішує питання про істинність документу і визначає силу, значення і переконливість відомостей, що містяться в цьому документі [11].

З метою розшуку документів, що мають значення для справи, у початковій стадії розслідування може проводитися обшук.

Підготування до обшуку містить у собі такі елементи: 1) ухвалення рішення про виробництво обшуку; 2) його процесуальне оформлення; 3) одержання й аналіз необхідної інформації стосовно: а) особистості, що обшукується; б) місця обшуку; в) шуканих предметів; 4) розробку тактичного плану [12].

Обшуки здійснюються в офісі фірми, за місцем проживання керівника (підприємця), головного (старшого) бухгалтера, на дачах, у гаражах, в автомобілях і т.п. Поряд із офіційними документами при обшуку вилучають чорнові записи, заготовки підроблених документів, штампи, преси, що використовуються для їхнього виготовлення, друкарські машинки й інші засоби оргтехніки, що були використані для виготовлення підроблених документів. Ці матеріали можуть дати широке уявлення про фінансово-господарську діяльність організації, про підготовчі дії для одержання кредиту, про засоби його приховування.

До числа початкових слідчих дій, що проводяться з метою виявлення ознак скоєння злочину у фінансових і банківських установах, також може бути віднесений і огляд виробничих, складських помешкань, офіса фірми. Метою подібних оглядів є: а) встановити цільове призначення документів та їх відповідність заявленій діяльності; б) визначити, чи є складські помешкання для збереження матеріалів, товарів, продукції відповідно до укладеного договору; чи можливо в даному помешканні розмістити заявлені товари (продукцію, матеріали), чи не є залишків цих товарів (матеріалів, продукції); в) встановити відповідність виробничих помешкань заявленій діяльності, а також те, чи могли в них виготовляти невраховану продукцію; г) чи можуть в офісах бути розміщені співробітники апарату в тій кількості, як це значиться у документах (у тому числі у відомості на видачу зарплати); чи є в даному офісі інші організації, де в офісі можуть зберігатися (бути заховані) документи, що цікавлять слідство.

У ході подібних оглядів доцільна допомога спеціалістів. При необхідності може бути призначена, наприклад, судово-товарознавча експертиза.

Важливе значення мають допити підозрюваних і свідків.

Етап підготовки до допиту, на думку В.О. Коновалової і О.М. Сербулова, включає чотири взаємозалежні елементи: а) вивчення матеріалів кримінальної справи; б) вивчення спеціальних питань; в) вивчення даних про особистість допитуваного; г) упорядкування плану допиту [13].

Підготування до проведення допиту осіб по аналізованій категорії злочинів починається з вивчення і ретельного аналізу матеріалів кримінальної справи. «Сутність вирішення розумових задач у процесі підготовки до допиту полягає в аналізі вихідного матеріалу й упорядкування програми виробництва цієї слідчої дії. Слідчий заздалегідь визначає схему майбутнього допиту свідка або обвинувачуваного: планує певним чином використовувати доказуючий матеріал, прогнозує можливий результат застосування тактичних прийомів допиту» [14].

У зв'язку з розглядом заходів щодо підготування до допиту, обгрунтовано вважається думка О.А. Закатова, який вважає, що на етапі підготовки до допиту слідчим передбачаються конкретні заходи, спрямовані на попередження неправдивих показань [15].

На етапі підготовки повинно бути вирішене питання черговості виклику для допиту.

Для полегшення роботи слідчого при підготуванні до допиту осіб у якості свідків і прогнозування характеру одержуваної від них інформації обосновано виділяються чотири групи свідків залежно від факторів: а) вид розкрадання; б) відношення до виду виробничої діяльності або об'єкта розкрадання; в) службове положення (керівник, підпорядкований, той, що не має відношення до службової діяльності); г) характер відносин із розкрадачами [16].

По даній категорії злочинів допит свідків в основному провадиться на початковому етапі розслідування. Зазначене дозволяє одержати необхідну інформацію, що буде використана при допиті підозрюваних і обвинувачуваних. «Допит кожної групи свідків специфічен, обумовлюється їхнім відношенням до справи, характером виконуваних ними функцій, взаємовідносинами з обвинуваченими» [17].

При розслідуванні економічних злочинів, у тому числі й в області кредитування, типовими поясненнями зацікавлених осіб є посилення на господарський прорахунок: невиправданий ризик, несумлінні дії партнерів, несприятлива кон'юнктура і т.п. Спростувати подібні пояснення можуть встановлені перед допитом факти (поодинокі або в комплексі), що дозволяють сумніватися в об'єктивності обставин, що призвели до неповернення кредиту, його незаконного одержання (пільгового кредиту також).

До числа таких фактів, що виявляють справжні наміри кредитоотримувача і справжнє положення справ в організації, можливо віднести:

- Створення фірми за підробленими документами, надзвичайно малий розмір статутного капіталу, відсутність площ для виконання зазначених у статуті робіт або надання послуг; відсутність у штаті організації осіб, спроможних виконувати ці роботи (послуги).
- Вимога стопроцентної попередньої оплати робіт (послуг) як неодмінна умова угод, що укладаються. Розрахунок будеться на одержанні 100% коштів і ліквідації «фірми-одноденки».
- Нереально великі розміри прибутку, що фірма обіцяє своїм кредиторам, високі відсотки по вкладах. Ця ознака найчастіше фігурує по справах про операції, пов'язані із цінними паперами, залученням коштів населення, одержанням кредитів одночасно від декількох організацій (фірм, банків).
- Неблагополучна ситуація на момент одержання кредиту. Це може бути наявність великого числа боргів, прострочених зобов'язань по виплатах, зробленим роботам, по наданню послуг і т.п. Це можуть бути обставини, що поставили організацію (підприємця) на грань банкрутства (руйнування): знищення майна (пожежа, стихійне лихо), здирство з боку злочинних структур і т.п.
- Обставини, що свідчать про відсутність реальних можливостей виконати умови, під які брався кредит. Це може бути непрофесіоналізм підприємця або відсутність необхідних професіоналів в організації; невиконання організацією (підприємцем) необхідних підготовчих дій (дача реклами, завезення матеріалів, оренда приміщень і т.п.).
- Підроблені документи, гарантійні листи, запропоновані при укладанні угод.
- При укладанні договору кредитування під угоди, пов'язані з придбанням матеріалів за кордоном – факт відсутності валютного рахунку (валютних засобів) у кредитоотримувача.
- Витрата коштів, отриманих у якості цільового кредиту, не за призначенням (повернення боргу, оформлення офіса, придбання дачі, квартири, транспортного засобу і т.п.).

Крім того, у практиці розслідування злочинів, що скоюються у фінансових і банківських установах, із метою виявлення ознак даного злочину, варто використовувати комплекс тактичних прийомів і методичних рекомендацій по їхньому використанню, що розроблені криміналістикою [18].

Поряд із проведенням початкових слідчих дій, виявити ознаки скоєного злочину по даній категорії справ можна за допомогою органів дізнання. Зокрема, їм можна доручити: прослуховування і запис телефонних переговорів, виявлення епізодів, подібних розслідуваному, зроблених раніше, у сусідніх регіонах і т.п. Доручення слідчого можуть стосуватися і дій оперативних робітників по: виявленню грошей і цінностей, нерухомості, нажитих злочинним шляхом, фактів вкладення коштів у нелегальний бізнес (із зброєю, наркотиками, заняття проституцією, азартні ігри); встановленню конкретних учасників події, їхній розшук і затримка.

На наступному етапі можлива перевірка пояснень, що даються обвинувачуваними (підозрюваними), і закріплення доказів, отриманих на початку слідства.

Практичне значення даної статті полягає у тому, що в ній викладені особливості виявлення ознак скоєння злочинів у фінансових та банківських установах на початковому і наступному етапах розслідування, насамперед, досліджені питання, що підлягають з'ясуванню в ході розслідування аналізованої категорії злочинів, наведені види документів, що повинні бути витребувані та вивчені слідчим на початковому та наступному етапах розслідування кримінальної справи, наведені особливості провадження окремих слідчих дій з метою виявлення ознак скоєння цієї категорії злочинів, що дасть змогу правоохоронним органам не допускати помилок при організації розслідування цієї категорії злочинів та безсумнівно, призведе до більш якісного розслідування кримінальних справ у сфері економіки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. – Харьков, 1999. – С. 297-302.
2. Комиссаров В.И. Теоретические проблемы следственной тактики. – Изд-во Саратовского университета, 1987. – С. 115.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під загальною ред. Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. – К.: Форум, 2001. – Ч. 2. – С. 199-235.
4. Уголовно-процессуальный кодекс Украины. – Х.: Легас, 2001. – С. 224.

5. Фрідман І., Сушко Ю. Комплексний підхід у використанні спеціальних знань у справах при розслідування злочинів і запобігання їм у сфері економіки // Право України. – 1995. – №7. – С. 27.
6. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М., 1988. – С. 140.
7. Лисиченко В.К. Криминалистическое исследование документов (правовые и методологические проблемы): Автореф. дисс.... докт. юрид. наук. – Киев, 1974. – С. 15-16.
8. Белуха Н., Дудко В. Эксперт-бухгалтер и его функции в борьбе с экономической преступностью // Бухгалтерский учет и аудит. – 1996. – №2. – С.45.
9. Уголовно-процессуальный кодекс Украины. – Х.: Легас, 2001. – С. 224.
10. Коробейников Б.В. Вопросы криминалистического исследования документов // Вопросы борьбы с преступностью. – Вып. 40. – М., 1984. – С. 53-54.
11. Советский уголовный процесс: Учебник / Под общей редакцией М.И. Бажанова, Ю.М. Грошова. – К., 1983. – С. 170-171.
12. Закатов А.А., Ямпольский А.Е. Обыск. – Волгоград, 1983. – С. 10-32.
13. Коновалова В.Е., Сербулов А.М. Тактика допроса при расследовании преступлений. – К., 1978. – С. 38-50.
14. Коновалова В.Е., Колесниченко А.Н., Матусовский Г.А. и др. Расследование хищений государственного или общественного имущества (проблемы тактики и методики). – Х., 1987. – С. 165.
15. Закатов А.А. Ложь и борьба с нею. – Волгоград: Нижне-Волжское книжное издательство, 1984. – С. 124.
16. Коновалова В.Е., Колесниченко А.Н., Матусовский Г.А. и др. Расследование хищений государственного или общественного имущества (проблемы тактики и методики). – Х., 1987. – С.66.
17. Там само. – С. 67.
18. Коновалова В.Е., Сербулов А.М. Тактика допроса при расследовании преступлений. – К., 1978. – С. 46-58.

УДК 343. 983

СУДОВО-МЕДИЧНЕ, ЕНТОМОЛОГІЧНЕ, БОТАНІЧНЕ ТА ГІДРОБІОЛОГІЧНЕ ВИВЧЕННЯ МІСЦЯ ПОДІЇ ДЛЯ ПОТРЕБ СЛІДСТВА

Білкун В.В., к.мед.н., доцент

Запорізький національний університет

У статті йдеться про взаємодію судово-медичного експерта із фахівцями-біологами (ентомологами, ботаниками та гідробіологами) на місці події та в секційній залі при встановленні часу настання смерті. Усе це спрямоване на потреби слідства. Питання розглядається в історичному аспекті, бо окремі випадки такої взаємодії відмічені ще в позаминулому та минулому століттях.

Ключові слова: судово-медична ентомологія, танатометрична лабораторія, трупи тварин, діатомові водорості, діатомей, квітуче жито, автоматичний сачок, напівавтоматичні пастки.

Білкун В.В. СУДЕБНО-МЕДИЦИНСКОЕ, ЭНТОМОЛОГИЧЕСКОЕ, БОТАНИЧЕСКОЕ И ГИДРОБИОЛОГИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНИЕ МЕСТА ПРОИСШЕСТВИЯ ДЛЯ НУЖД СЛЕДСТВИЯ / Запорожский национальный университет, Украина

В статье идет речь о взаимодействии судебно-медицинского эксперта со специалистами-биологами (ентомологами, ботаниками и гидробиологами) на месте происшествия и в секционном зале при установлении времени наступления смерти. Все это направлено на нужды следствия. Вопросы рассматриваются в историческом аспекте, поскольку отдельные случаи такого взаимодействия отмечены еще в позапрошлом и прошлом веках.

Ключевые слова: судебно-медицинская энтомология, танатометрическая лаборатория, трупы животных, диатомовые водоросли, диатомеи, цветущая пшеница, автоматический сачок, полуавтоматические ловушки.

Bilkun V.V. MEDICAL AND LEGAL, ENTOMOLOGICAL, BOTANICAL AND HYDROBIOLOGICAL RESEARCHING OF THE PLACE OF INCIDENT FOR THE NEEDS OF INVESTIGATION / Zaporizhzhia National University, Ukraine

The article deals with the problem of interaction of the medical and legal expert with professionals – biologists (botanists and hydrobiologists) on the place of incident and in section hall while defining the time of death. Such interaction is aimed to the needs of investigation. The question is considered in historical aspect since some cases of such interaction took place in before last and last century.

Key words: sudebno-meditsinskaya entomology, tanatometricheskaya laboratory, dead bodies of animals, diatomovye water-plants, diatom, flowering wheat, automatic net, semi-automatic traps.

Ще в позаминулому та минулому століттях корифеї судової медицини у своїх книгах, а особливо в лекціях, вказували на те, що словосполучення „огляд місця події” до деякої міри розхолоджує учасників цієї дії – слідчого, криміналіста та судового медика. І дійсно вже в другій половині XX ст., коли оперативна група, що працює на місці події тією чи іншою мірою оснащена спеціальними приладами, інструментами та обладнанням якось недоречно звучить слово огляд.

Фіксація за допомогою відео- та фото-зйомки з використанням цифрової та комп’ютерної техніки, цілої низки судово-медичних приладів спонукає нас до заміни самого слова “огляд” словом “вивчення”.

Саме цим і зайнялась Запорізька об’єднана танатометрична лабораторія, залучившись підтримкою вузьких спеціалістів суміжних дисциплін. Йдеться про ентомологів, ботаніків та гідробіологів. Не можна сказати, що раніше наукову інформацію вказаних спеціалістів не використовували для потреб слідства. Наприклад, судові медики Запоріжжя в роботі танатометричної лабораторії Асоціації судових медиків України використовували дані прикладної ентомології, заручившись підтримкою та допомогою цих вузьких спеціалістів – біологів Запорізького національного університету та Запорізького державного медичного університету. Особливо великий внесок у роботу лабораторії зробив відомий на весь світ судово-медичний ентомолог із Санкт-Петербурга М.І. Марченко. Саме він подарував лабораторії свою монографію та безліч окремих робіт із питання діагностики давності настання смерті за допомогою циклу розвитку комах. М.І. Марченко порадив готувати спеціалістів із судово-медичної ентомології із судово-медичних експертів на базі лабораторії, залучити на допомогу біологів-професіоналів (за освітою) та ентомологів санітарно-епідеміологічних станцій. Це дало змогу в короткий строк підготувати одразу 4-х таких спеціалістів, провести кілька цікавих експертиз, зацікавити в цьому питанні слідчі органи.

Проте без спеціальної біологічної освіти та зв’язків із визнаними науковим світом судових ентомологів на великі успіхи в цьому питанні не доводилось розраховувати. І тут знову нам допоміг М.І. Марченко, який люб’язно надав нам адреси багатьох судових ентомологів світу, з якими він спілкувався вже багато років.

Слід нагадати, що судова ентомологія є одним із розділів прикладної ентомології, що виникла у зв’язку з потребами судово-слідчої практики. Тому в наші дні її сміливо можемо називати судово-медичною ентомологією.

Корифеї судової ентомології, такі як М. Леклерк (1978), П. Нуортева (1977) вважають, що судова ентомологія повинна вважатись за складову частину ентомології і медицини. Цієї ж думки дотримуються відомі судові ентомологи США Е. Кеттс та М.Л. Гофф (1992) та відомий нам головний судовий ентомолог Великобританії Г.В. Сміт (1986).

За порадою М.І. Марченка ми розпочали активне листування з найвідомішими судовими (чи вже можна вважати судово-медичними) ентомологами Великобританії, США, Фінляндії. Це дало нам можливість отримати від них десятки цінних робіт. А із США та Великобританії – навіть монографії та дозвіл на переклад та видання однієї з них на теренах України.

До роботи і створення ентомологічної лабораторії, колекцій потрібних нам комах ми залучили викладачів біологічного факультету ЗНУ. На 2005 – 2006 рр. запланований проект співпраці з цим факультетом щодо курсу судової медицини. За вказані 2 роки мають удосконалитись розроблені нами автоматичний сачок та напівавтоматичні пастки для відлову комах. Танатометрична лабораторія при курсі судової медицини має запатентувати ці свої наукові розробки.

Окрім того, до роботи залучено гідробіологів біологічного факультету ЗНУ. Вони разом із нами займуться вивченням планктону Дніпра та інших водойм м. Запоріжжя та його околиць.

Планктон вивчатиметься у зв’язку з проблемами діагностики утоплення. Проблема це досить давня, бо ще в позаминулому столітті І.І. Колюмна-Гаттовський (1894) на трупах тварин довів, що рідина проникає не лише в центральні і периферійні відділи легенів, але і в міжальвеолярну тканину. Питання це

досліджувалось багатьма авторами як вітчизняними, так і зарубіжними. Ще на початку ХХ ст. це питання залишалось не досить ясным. Найбільше пощастило угорським дослідникам (Інце, Томашці, Дюпгіозу, 1955), котрі виявили діатомеї в м'язі серця, печінці, нирках, у селезінці і навіть у головному мозку. Висновки угорських учених підтвердили саратовські вчені І.В. Скопін та М.І. Макароцькі.

Багато років присвятили роботі із діатомовим планктоном такі вітчизняні вчені як професор судової медицини з Києва С.П. Дідковська.

Ми плануємо за допомогою студентів-біологів під час літньої практики 2006 р. зібрати найбільш повну колекцію діатомових водоростів із метою використання її як у педагогічному процесі, так і для потреб слідства. Для цього ми маємо залучити криміналістів із наукового криміналістичного центру МВС, які мають біологічну освіту.

Співпраця з ботаніками біофаку ЗНУ планується у вигляді вивчення пилку квітучих рослин та коріння, яке проростає через тіло покійного, закопаного, наприклад, у придорожній посадці.

Вік коренів із поправкою на час, потрібний для проростання крізь тіло, дає досить точний час закопування тіла. Цими розробками давно займалися судові ботаніки США, а пилком квітучих рослин – експерти Нової Зеландії.

Ще в першій половині минулого століття видатний вітчизняний судовий медик проф. Ю.С. Сапожніков використовував дані про знайдення пилку на одязі трупа і одязі людини, яку підозрювали в скоєнні вбивства. Йшлося про пилку квітучого жита.

Новозеландські спеціалісти використовували як доказ наявність ідентичного пилку на одязі згвалтованих та підозрюваних.

У цілому дані досліджених нами спільно із біологічним факультетом ентомологічних та ботанічних об'єктів будуть використані в загальноєвропейському проєкті „безпека на дорогах”, у якому ми беремо участь.

Загалом планується видання посібника для слідчих, криміналістів та судово-медичних експертів, що працюють у складі оперативних груп на місцях подій. Не виключена можливість зйомки навчального відеофільму для використання його на семінарах та практичних заняттях на обох факультетах – юридичному та біологічному.

УДК 343.146: 343.983

НЕЙТРОННО-АКТИВАЦІЙНИЙ АНАЛІЗ: ФІЗИЧНІ ОСНОВИ ТА МОЖЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИ ДОСЛІДЖЕННІ ОКРЕМИХ ВИДІВ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ

Прокопенко О.В., мол. наук. співроб.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті проаналізовано суть, джерела універсального аналітичного методу – нейтронно-активаційного аналізу, зроблено його порівняльну характеристику з іншими методами елементного аналізу. Показано можливості нейтронно-активаційного аналізу для вивчення елементного складу речовини взагалі і об'єктів зокрема, які часто виступають у якості речових доказів при розслідуванні злочинів.

Ключові слова: нейтронно-активаційний аналіз, речові докази, методи визначення мікроелементного складу об'єктів, криміналістичні дослідження.

Прокопенко О.В. НЕЙТРОННО-АКТИВАЦИОННЫЙ АНАЛИЗ: ФИЗИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ И ВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРИ ИССЛЕДОВАНИИ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ / Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, Украина

В статье проанализирована суть, источники универсального аналитического метода – нейтронно-активационного анализа, проведена его сравнительная характеристика с другими методами элементного анализа. Показаны возможности нейтронно-активационного анализа для изучения элементного состава веществ и объектов, которые часто выступают в качестве вещественных доказательств при расследовании преступлений.

Ключевые слова: нейтронно-активационный анализ, вещественные доказательства, методы определения микроэлементного состава объектов, криминалистические исследования.

Prokopenko O.V. THE NEUTRON ACTIVATION ANALYSIS: PHYSICAL BASES AND OPPORTUNITIES OF USE IN RESEARCH OF SEPARATE KINDS OF MATERIAL EVIDENCES / Kiev National University of Tarasa Shevchenko, Ukraine

The article deals with the problem of the essence, sources of universal analytical method – neutron activation analysis; the comparative characteristic with other methods of the element analysis is made. The opportunities of neutron activation analysis for studying element structure of substances and objects which frequently represent itself as material evidences at investigation of crimes are revealed.

Key words: neutron activation analysis, material evidences, methods of definition of microelement structure of objects, criminalistic researches.

Криміналістична техніка виникла на основі використання даних природничих та технічних наук із метою розслідування злочинів. Методи фізики, хімії, біології та інших наук пристосувалися для дослідження речових доказів та вирішення завдань кримінального судочинства. Одночасно з цим розроблялися і спеціальні криміналістичні прийоми та технічні засоби. Так, у рамках науки криміналістики склалася сукупність методів природничих та технічних наук, пристосованих і спеціально створених для розслідування та попередження злочинів.

Одним із найбільш надійних, експресних і чутливих методів є активаційний аналіз, в якому для ідентифікації та кількісного визначення елементів використовується реєстрація ядерного випромінювання радіоізоотопів, які утворюються в процесі ядерних перетворень [1; 50-51]. Нейтронно-активаційний аналіз – це метод визначення якісного і кількісного складу речовини, яке ґрунтується на вимірі випромінювань ядер, перетворених у радіоактивні внаслідок їх опромінення нейтронами. Характерною особливістю нейтронно-активаційного аналізу є те, що для визначення елементів та їх концентрацій використовується вплив не на орбітальні електрони атомів, а на їхні ядра. Це знімає труднощі при аналізі елементів із дуже близькими хімічними властивостями.

Основні принципи нейтронно-активаційного аналізу були розроблені в 1936 році завдяки видатним вченим П'єру Кюрі та Марії Складовській-Кюрі. Бурхливий розвиток цього методу в першу чергу пов'язаний із досягненнями ядерної фізики і ядерних технологій, які вивели нейтронно-активаційний аналіз на провідне місце в галузі визначення мікродомішок у матеріалах. І той факт, що нейтронно-активаційний аналіз є неруйнівним методом, додає йому ще більших переваг у порівнянні з іншими аналітичними методами.

Нейтронно-активаційний аналіз надає великі можливості для вивчення елементного складу речовини взагалі і об'єктів зокрема, які дуже часто виступають як речові докази при розслідуванні злочинів. Цей метод дозволяє встановлювати ідентичність зразків землі і фарб, тканин і скла, людського волосся і наркотиків та інше. Причому, у ряді випадків зовсім не обов'язково використовувати всю інформацію по мікроелементному складу об'єктів, отриману за допомогою нейтронно-активаційного аналізу. Часто задача ідентифікації вирішується шляхом порівняння невеликої кількості елементів, а інколи достатньо простого порівняння гама-спектрів зразків, активованих нейтронами.

По способу проведення нейтронно-активаційного аналізу розрізняють інструментальний і радіохімічний методи. При інструментальному неруйнівному варіанті виміри радіоактивних зразків та ідентифікація ізотопів (елементів) здійснюються гама-спектрометрами. Зразок не руйнується і може неодноразово опромінюватися і потім вимірюватися. Це суттєва перевага інструментального методу. При радіохімічному аналізі зразок розчиняється в різних кислотах чи лугах, за допомогою селективних хімічних реакцій виділяються певні елементи, радіоактивність яких у подальшому вимірюється. Надалі ми будемо розглядати тільки неруйнівний метод аналізу.

У порівнянні з іншими аналітичними методами, у нейтронно-активаційному аналізі суттєво менший вплив на кінцевий результат мають так звані "матричні ефекти". Це означає, що на визначення потрібних нам елементів, які знаходяться в зразку, як правило, у дуже малих кількостях, практично не впливають макроелементи, які складають основу зразка. Метод нейтронно-активаційного аналізу знайшов широке поле застосування завдяки таким факторам [2; 127]:

- багатоманітності властивості радіоактивних ядер – періоди напіврозпаду, енергії, інтенсивності та числа дискретних (по енергії) гамма-ліній;
- високій роздільній здатності та ефективності реєстрації гамма-променів сучасними GeLi (германій – літійовими) – детекторами;
- малим коефіцієнтом поглинання гамма-променів зразка, що в більшості випадків дозволяє вважати їх прозорими для випромінювання радіоактивних ядер;
- одночасне опромінення значної кількості зразків і можливість визначення великої кількості елементів в одному зразку;

- малий час (декілька десятків секунд) аналізу зразків, що особливо важливо для короткоіснуючих ізотопів;
- висока надійність і точність результатів;
- менша трудомісткість і вартість аналізів у порівнянні з радіохімічним методом при збереженні низького порогу виявлення ізотопів;
- можливість автоматизації процесу проведення аналізу, застосування ЕОМ для розшифровки складних гамма-спектрів зразків, розрахунків концентрацій елементів та вибору оптимальних умов аналізу.

Перераховані вище переваги нейтронно-активаційного аналізу в порівнянні з іншими методами роблять цей метод дуже привабливим для учених та інженерів. Якщо спочатку нейтронно-активаційний аналіз слідів елементів застосовувався тільки в хімії, то тепер він використовується в геології і геохімії, у біології і медицині, при вивченні надчистих матеріалів та їх виробництві, для контролю забруднення природи, в археології і, нарешті, у криміналістиці.

Бурхливий розвиток нейтронно-активаційного аналізу став можливим завдяки розвитку матеріальної бази – створенню різноманітних джерел нейтронів: від таких, які можна розмістити на письмовому столі, до велетенських атомних реакторів. У всіх джерелах нейтрони виникають внаслідок ядерних реакцій. Джерела нейтронів можна розділити на 3 групи: радіоізотопні, джерела з використанням прискорювачів заряджених часток і атомні реактори [3; 308].

Радіоізотопні джерела дають нейтрони, які обумовлені випромінюванням природніх та штучних радіоактивних ядер. Таким випромінюванням може бути потік альфа-часток, енергії яких достатні для протікання реакції на легких ядрах, наприклад, на ядрах берилію. Як альфа-випромінювачі використовуються природні радіоактивні ядра полонію 210, штучні ізотопи плутонію 238, 239 та америцію 241. За допомогою таких джерел не можливо отримати вихід швидких нейтронів більше 10^8 за секунду, а густина потоку теплових нейтронів не перевищує 10^6 н / см² с. Така густина потоку недостатня для нейтронно-активаційного аналізу.

Друга група нейтронних джерел пов'язана з використанням прискорювачів заряджених часток. У принципі, у будь-якому прискорювачі можна отримувати нейтрони, для чого пучок прискорених часток (протонів, дейтронів, альфа-часток) достатньо направити на мішень із тих елементів, на яких ідуть реакції з вильотом нейтронів. До найбільш економних прискорювачів, які створені для продукування інтенсивних потоків нейтронів, відносяться малогабаритні електростатичні прискорювачі дейтронів, лінійні прискорювачі електронів і циклічні електронні прискорювачі – мікротрони. Найбільше практичне застосування знайшли малогабаритні електростатичні прискорювачі дейтронів, які називаються нейтронними генераторами.

Третя група джерел – ядерні реактори, які мають найбільшу інтенсивність нейтронів. В активній зоні сучасних реакторів густина потоку нейтронів коливається в межах $10^{12} - 10^{16}$ н / см² · с. Нейтрони в реакторі виникають внаслідок поділу елемента, який служить паливом. Як ядерне паливо в реакторі використовується природний уран, збагачений ізотопом уран 235 у більшій мірі або плутоній 239 – у меншій. У процесі реакції поділу виникають нейтрони, енергетичний спектр яких має максимум біля 1 МеВ, тобто, в основному, швидкі нейтрони. Реактори по швидкості нейтронів поділяються на 2 класи: реактори на швидких і реактори на повільних (теплових) нейтронах. Більшість реакторів у світі, а це енергетичні, технологічні і науково-дослідні, працюють на теплових нейтронах [4; 22]. За допомогою таких уповільнювачів, як вода, важка вода, графіт, парафіни, енергію нейтронів від кількох МеВ зменшують до 0,020 – 0,030 еВ. Процедуру уповільнення нейтронів для технологічних задач вирішують за допомогою пристрою, який розташовують безпосередньо біля активної зони, і називається він “теплова колона”.

Зразки, які досліджуються методом нейтронно-активаційного аналізу, опромінюються: в активній зоні (досить рідко), теплової колоні, або у вертикальних каналах, які розташовані безпосередньо в стінках активної зони. Густина потоку теплових нейтронів у різних реакторах (теплова колона, вертикальні канали) змінюється в межах $10^{11} - 10^{14}$ н / см² · с. Ці величини потоків на кілька порядків більші, ніж в інших джерел нейтронів. Тому можливості (чутливість, тривалість опромінення, кількість зразків) при використанні атомного реактора максимальні. В основному роботи по нейтронно-активаційному аналізу провадяться на науково-дослідних реакторах, яких у світі зараз налічується до 300 [5; 143].

Атомні реактори на теплових нейтронах по способу уповільнення нейтронів і способу охолодження активної зони діляться на водо-водяні і графіто-водяні реактори. У водо-водяних реакторах уповільнювачем нейтронів і охолоджувачем зони є вода, а в графітно-водяних реакторах уповільнювачем є графіт, охолоджувачем – вода [5; 42].

На рис. 1 для порівняння наведені найбільш широко та часто вживані методики визначення концентрацій елементів [6; 1252-1260].

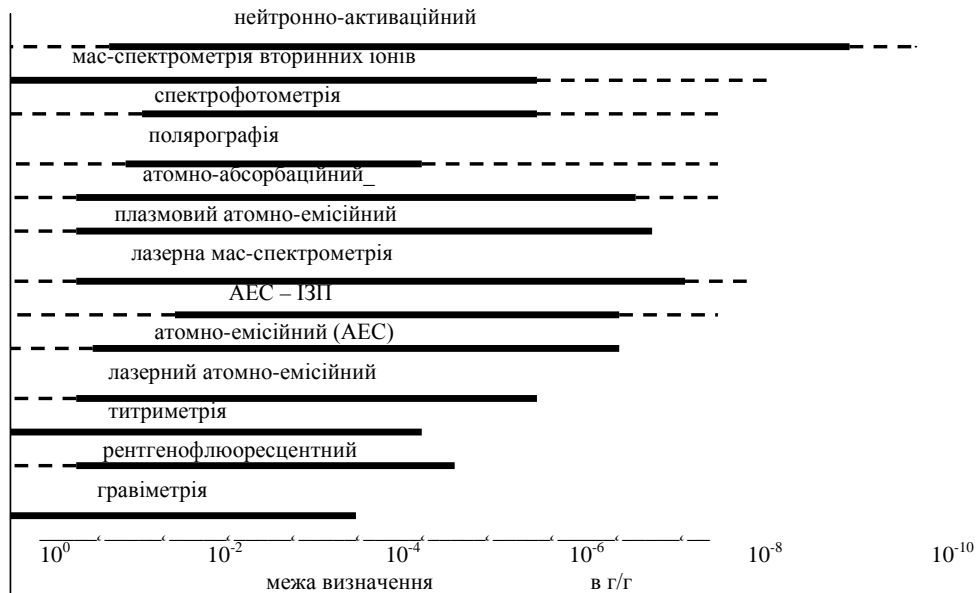


Рис. 1. Методики визначення концентрацій елементів

Активаційний аналіз як кількісний метод, у порівнянні з іншими, має деякі особливості. У першу чергу, це – опосередкований (непрямий) метод, тому що в експерименті вимірюється не сама потрібна нам величина, така як маса, концентрація, а активність, тобто швидкість гамма-випромінювання зразка. Нейтронно-активаційний аналіз є багатостадійним методом, основними стадіями якого виступають: відбір зразків, зважування, упаковка, опромінення, виміри та кількісний розрахунок. У радіохімічному варіанті додається стадія хімічного розділення та очистки. Виконання всіх цих стадій вносять свої похибки, які і дають кінцеву похибку в остаточний результат. У нейтронно-активаційному аналізі джерелами основних похибок є:

- 1) нестабільність у часі і просторі (неоднорідність у поперечному перерізі) нейтронного потоку;
- 2) інтерферуючі ядерні реакції та процеси;
- 3) неконтрольовані втрати активності в хімічних операціях;
- 4) процес вимірів активності (самопоглинання гамма-променів у зразку, ідентичність геометричних конфігурацій проб, нестабільність електронної апаратури);
- 5) статистична похибка визначення активності та вплив гамма-фону.

В останні роки підвищилася роль ядерно-аналітичних методів елементного аналізу в науках про життя. Це засвідчують традиційні міжнародні конференції “Ядерні аналітичні методи в науках про життя” [7], Всесоюзні наради по контролю навколишнього середовища [8]. На XIV Міжнародній конференції “Радіохімія: дискусії і проблеми” (Чехія, 2002 рік) обговорювались питання екології, аналітичні методи дослідження, ядерні методи в медицині [9, 106-107].

Міжнародна конференція “Радіоактивність у навколишньому середовищі” (Монако, 2002 рік) була повністю присвячена дослідженням впливу, в основному – негативного, діяльності людини на природу [10, 108-109].

Для ілюстрації застосування нейтронно-активаційного аналізу здійснимо історичний екскурс.

Монетна справа зародилася в Лідії (сучасна Туреччина) у VIII – VII століттях до нашої ери. Лідія вважається батьківщиною монет не випадково. Золото та срібло, із яких виготовляли перші монети, були відомі в багатьох країнах, але велике значення мало те, що практично одночасно з монетами з’явилися і фальшивомонетники. Треба було знайти спосіб перевірки вмісту дорогоцінного металу в монетах. Такий метод і було винайдено в Лідії, який базувався на використанні чорного сланцю – лідіту. Лідіт застосовувався не тільки для виявлення фальшивих монет, але і для співставлення монет, які карбувалися

в багатьох грецьких містах державах. У країнах Європи цей метод довго залишався невідомим, і це було на користь фальшивомонетникам, діяльність яких особливо активізувалася на початку VII століття.

Заходи боротьби були дуже жорстокими. У бухгалтерських книгах німецьких монетних дворів існувала спеціальна стаття видатків на будівництво печей для спалювання фальшивомонетників. У Франції та Голландії закони за підробку монет передбачали не менш суворе покарання. Фальшивомонетників там живцем варили: простолюдинів – в окропі, а осіб дворянського походження – у киплячій олії. Але такі суворі заходи не давали бажаного ефекту, число фальшивомонетників не зменшувалося [11; 226-229].

Із появою нейтронно-активаційного методу стало можливим у будь-яких монетах точно визначати вміст основних та домішкових металів, не порушуючи їх цілісності. Монети досліджують тільки інструментально, тобто їх опромінюють нейтронами і потім реєструють спектри наведеного гамма-випромінювання. З початку 50-х років XX століття цим методом перевірені тисячі колекційних монет і отримано багато цікавих, інколи зовсім непередбачуваних результатів.

Цікавий випадок пов'язаний з американськими монетами вартістю в один цент [12; 125]. У період Другої світової війни в США відчувався дефіцит міді, тому з 1943 року державне казначейство змінило елементний склад одноцентових монет: вміст міді в них був суттєво зменшений за рахунок додавання нікелевого сплаву.

Через багато років до казначейства США звернувся нумізмат, який стверджував, що в нього є кілька мідних одноцентових монет, датованих 1943 роком. Був зроблений нейтронно-активаційний аналіз цих монет, а також монет тієї ж вартості, але випущених до заміни елементного складу в 1942 році. Усі монети виявилися ідентичними. У монетах 1943 року було стільки міді, скільки не повинно її там бути. Разом із тим дивні монети були безумовно справжніми.

Ніхто не зміг пояснити, як потрапила зайва мідь в одноцентовики 1943 року. Можливо, хто-небудь із службовців монетного двору в 1943 році свідомо не зменшив вміст міді при карбуванні нових монет, щоб створити таким чином унікальні екземпляри, які б високо цінувалися нумізматами. В усякому разі, зараз відомо, що таких монет всього лише п'ять, і, згідно з офіційними даними нумізматичного каталогу, кожна із них має вартість 50 тисяч доларів.

Підводячи підсумок, варто наголосити на важливості використання криміналістичною технікою найсучасніших розробок природничих, технічних та інших наук. Вже розроблено методики проведення нейтронно-активаційного аналізу води, повітря, рослин, ґрунтів, тканин та органів людини і тварин [13; 40]. На прикладі застосування нейтронно-активаційного аналізу при дослідженні монет показано виключно цінність даного методу для криміналістичних досліджень об'єктів, які часто виступають речовими доказами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Прокопенко О.В. Нейтронно-активаційний аналіз: можливості застосування в наукових криміналістичних дослідженнях // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2004. – № 56 – 59. – С. 50 – 51.
2. Алимарин И.П., Яковлев Ю.В. Ядерно-физические методы анализа // Атомная энергия. – 1969. – Т. 26. – № 1. – С. 127.
3. Пасечник М.В. Нейтронная физика. – К.: Наукова думка, 1969. – 308 с.
4. Климов А.М. Ядерная физика и ядерные реакторы. – М.: Атомиздат, 1985. – 431 с.
5. Nuclear Research Reactore in the World, series № 3. International Atomic Energy Agency, Vienna, 1993. – P. 143.
6. Колесов Г.М. Реакторный нейтронно-активационный анализ в системе контроля объектов окружающей среды // Журнал аналитической химии. – 1996. – Т. 51. – № 12. – С. 1252-1260.
7. Nuclear Analytical Methods in the Life Sciences, Humana Press, 1994. – 754 p.
8. Ядерно-физические методы анализа в контроле окружающей среды. Тезисы докладов, 3-е Всесоюзное совещание. – Томск, 1985. – 132 с.
9. Информация // Радиационная биология и радиационная экология. – 2003. – Т. 43. – № 1. – С. 106 – 107.
10. Информация // Радиационная биология и радиационная экология. – 2003. – Т. 43. – № 1. – С. 108 – 109.

11. Gibbons D., Lawson D., An investigation of the silver content of roman coinage by neutron activation analysis, – In: Modern Trends in Activation Analysis, NBS Spec. Publ. 312. Washington, 1969, v. 1. – P. 226 – 229.
12. Guinn V.P. Forensic application of neutron activation analysis. – In: Activation Analysis – Principles and Applications. London, 1965. – P.125.
13. Оценка влияния на микроэлементный состав почв и растительности агрохимической мелиорации с применением фосфогипса / Горбунов А.В., Фронтасева М.В., Гундорина С.Ф., Онищенко Т.Л., Максютя В.В. – 1991. – С. 40 (Препринт / Объединенный институт ядерных исследований (Дубна); № Е 14-91-40).

УДК 343.211.3: 343.13

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРОВЕДЕННЯ НА ДОСУДОВОМУ СЛІДСТВІ ТАКТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ “ЗАХИСТ СВИДКА”

Бояров В.І., к.ю.н., доцент

Академія адвокатури України

У статті розглядаються питання захисту на досудовому слідстві учасників кримінального судочинства. Автор пропонує проведення захисту свідків за допомогою спеціальної тактичної операції “захист свідка”, загальні положення якої викладені в статті.

Ключові слова: досудове слідство, тактична операція, її загальні положення та етапи, забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства.

Бояров В.И. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ НА ДОСУДЕБНОМ СЛЕДСТВИИ ТАКТИЧЕСКОЙ ОПЕРАЦИИ «ЗАЩИТА СВИДЕТЕЛЯ» / Академия адвокатуры Украины

В статье рассматриваются вопросы защиты на досудебном следствии участников уголовного судопроизводства. Автор предлагает проведение защиты свидетелей при помощи специальной тактической операции «защита свидетеля», общие положения которой изложены в статье.

Ключевые слова: досудебное следствие, тактическая операция, ее общие положения и этапы, обеспечение безопасности участников уголовного процесса.

Boyarov V.I. GENERAL PROVISIONS OF CARRYING OUT OF TACTICAL OPERATION "PROTECTION OF THE WITNESS" ON PRE-JUDICIAL INVESTIGATION / Academy of Advocacy of Ukraine

The article touches upon the problems of protection of the participants of criminal legal proceedings on pre-judicial investigation. The author offers carrying out of protection of witnesses with the help of special tactical operation "protection of the witness", which general provisions are stated in the research.

Key words: pre-judicial investigation, tactical operation, its general principles and stages, safety of participants of criminal legal proceedings.

Посткримінальний вплив на учасників кримінального судочинства, спрямований на протидію слідству, негативно впливає на розслідування кримінальних справ, у першу чергу – найбільш тяжких. Пленум Верховного Суду України в постанові від 18.06.99 р. №10 “Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві”, обґрунтовано зазначає, що стан, який склався в країні щодо забезпечення безпеки учасників процесу є незадовільним і не гарантує об’єктивний та неупереджений розгляд справ, захист прав і свобод громадян [1].

Треба зазначити, що в Україні майже 12 років діють закони “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» (далі – Закон) [2], “Про державний захист суддів та працівників правоохоронних органів» [3], внесені відповідні зміни та доповнення до КПК України [4].

Зазначене законодавство передбачає систему заходів безпеки, яку можна визначити як сукупність превентивних різногалузевих правових заходів, що забезпечують у процесі кримінального судочинства та поза ним захист учасників цього процесу та їх родичів і близьких від заборонених кримінальним законом форм посткримінального впливу [5], а також інших форм тиску, спрямованих зацікавленими особами до відмови від дачі свідчень або до дачі неправдивих показань або з мотивів помсти.

Закон дає вичерпний перелік приводів для вжиття заходів безпеки, тобто джерел, із яких органи дізнання, слідчий, прокурор, суддя чи суд одержують дані про вчинення протиправних дій стосовно осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів. До них віднесені:

заява учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича; звернення керівника відповідного державного органу або оперативна та інша інформація про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну зазначених осіб.

Підставою для вжиття заходів забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, є дані, що свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу та майну. При визначенні реальності зазначеної загрози до уваги береться як характер вчиненого злочину, так і характеристика особи обвинуваченого (підозрюваного), його оточення. Зокрема, при перевірці підстав для забезпечення безпеки і при застосуванні заходів безпеки підлягає перевірці характер погроз: вони спрямовані на перешкодження встановленню істини в справі чи можливо носять інший характер (не виключено, що особа, яка береться під захист, умисно дає неправдиві свідчення або добросовісно помиляється в оцінці деяких фактів тощо, а це, у свою чергу, викликає відповідну реакцію обвинувачених (підозрюваних), їхніх родичів і близьких).

Фактичні дані, що свідчать про реальність загрози життю, здоров'ю, житлу та майну осіб, які мають право на забезпечення безпеки, повинні бути достатніми. При цьому не обов'язково, щоб вони відображали зазначені факти повно і всебічно. Але недопустимим є й прийняття рішення про застосування заходів безпеки на підставі припущень або таких даних, достовірність яких викликає серйозні сумніви.

У чинному законодавстві дається вичерпний перелік підстав для скасування заходів безпеки. По-перше, це закінчення строку конкретного заходу безпеки. Воно може мати місце в наступних випадках: терміни заходу прямо передбачені відповідним процесуальним рішенням (наприклад, використання технічних засобів контролю і прослуховування телефонних та інших переговорів); терміни передбачені відповідною угодою (п. 4 ст.22 Закону) (наприклад, особиста охорона, охорона житла і майна тощо).

По-друге, усунення загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб, взятих під захист. Воно може мати місце у випадках: викриття осіб, від яких надходять погрози, та нейтралізації їх протиправних дій; засудження осіб, якщо характер їх погроз чи протиправних дій був направлений на перешкодження встановленню істини в справі (з метою схилити осіб, взятих під захист, до відмови від дачі свідчень, або до дачі неправдивих показань, завідомо неправдивого висновку, перекладу тощо). Але в цьому випадку скасування заходів безпеки неможливе за наявності фактичних даних, які свідчать про мотив помсти з боку зацікавлених у вирішенні справи осіб.

По-третє, систематичне невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що забезпечують безпеку. Це є підставою для скасування зазначених заходів лише тоді, коли ця особа письмово була попереджена про можливість такого скасування. Але в кожному конкретному випадку органи, які забезпечують безпеку, повинні вирішити питання про можливість застосування інших заходів безпеки [6].

Однією з тенденцій розвитку слідчої практики є створення комплексів тактичних прийомів або слідчих дій з метою вирішення завдань, які інакше вирішити важко або взагалі неможливо. Ця тенденція відображена в криміналістиці у вигляді концепції тактичних операцій. Тактична операція (вживається й інший термін – тактична комбінація [7]) – це сукупність слідчих, оперативних, ревізійних та інших дій, які розробляються і проводяться в процесі розслідування за єдиним планом під керівництвом слідчого з метою реалізації такого тактичного завдання, яке не може бути вирішене шляхом проведення по справі окремих слідчих дій [8].

Метою тактичної операції завжди є вирішення конкретного завдання розслідування та відповідний вплив на слідчу ситуацію в цілому або на її компоненти. Безпосередньою метою тактичної операції, зокрема, можуть бути: вирішення конфліктних ситуацій; створення умов для проведення слідчої дії або іншої процесуальної дії; забезпечення слідчої таємниці, у тому числі – збереження в таємниці джерел доказової інформації та ін.

Під час розслідування окремих видів злочинів у різних слідчих ситуаціях виникає потреба в плануванні і реалізації таких тактичних операцій для розв'язання деяких завдань. Відомі, зокрема, такі тактичні операції, як “атрибуція трупа”, “обеззброєння вибухотехнічних об'єктів”, “контрольна закупка” та ін. [9] Вони, зрозуміло, проводяться не за всіма справами, але вважається, що є дві тактичні операції, які є обов'язковими за всіма справами – незалежно від того, до якого виду або категорії відноситься злочин, що розслідується і в якій слідчій ситуації проводиться: “захист доказів” [10] та “перевірка показань особи, яка визнає себе винною у вчиненні злочину” [11]. Тактичну операцію “захист свідка” можна розглядати як таку, що здійснюється в рамках першої з названих обов'язкових операцій і вона все частіше застосовується під час розслідування сучасних кримінальних справ про вчинення тяжких злочинів.

За традиційною схемою передбачаються такі етапи тактичної операції: прийняття рішення про її проведення; моделювання тактичної операції; її підготовка; безпосереднє здійснення та процесуальне оформлення.

Прийняття рішення про проведення тактичної операції проводиться на підставі аналізу слідчої ситуації, що склалася в справі, коли є дані про реальну загрозу життю, здоров'ю, майну свідка, який викриває винних.

Переважно розглядаються дві основні слідчі ситуації: коли дані про свідка, який викриває винних, відомі останнім (їх оточенню), або коли зазначені дані відомі лише слідчому, а для інших ця особа залишається невідомою. У справах, за якими застосовуються заходи безпеки, це може бути аналіз даних: (1) щодо особи злочинця та його оточення: зокрема, чи здатні вони на вчинення відповідного тиску або створення реальної загрози життю свідка або його родичів (матеріали справи, оперативна інформація); (2) щодо особи свідка, який викриває винного у вчиненні злочину (потерпілого, жертви – наскільки вони вразливі для тиску з боку осіб, яких викривають), зокрема, його належність до груп ризику (їдеться, наприклад, про осіб похилого віку, неповнолітніх та ін.); (3) обстановки вчинення злочину: вважається, що найбільш поширений тиск на свідків виникає, коли свідок є підлеглим особи, проти якої дає свідчення; злочин вчинений організованим злочинним угрупованням або особливо небезпечний злочин вчинений групою осіб; у разі вимагання, яке, як відомо, переслідує метою не тільки отримання матеріальної вигоди, але й створює реальну загрозу в разі звернення особи до правоохоронних органів; злочин вчинений в одній родині як соціально відокремленій групі. Поширені аналогічні ситуації також в інших соціально відокремлених інститутах – у в'язницях (СІЗО), психіатричних лікарнях, навчальних закладах, військових частинах; а також стосовно adeptів деструктивних або тоталітарних сект, діяльність яких супроводжується шантажем або пов'язана з акціями помсти стосовно, наприклад, “відступників” та ін. і (4) наявність формальних ознак, необхідних для застосування заходів безпеки: реальна загроза життю, здоров'ю, майну учасників кримінального судочинства (або їх родичам) або ризик виникнення такої загрози (їх заява, наявність відповідного повідомлення державного органу або отримання таких даних безпосередньо слідчим).

Прийняття такого рішення може передувати відповідна перевірка, оскільки надання свідку права давати свідчення, наприклад, анонімно, само по собі завжди є ризикованим і довіра до такої особи не повинна викликати сумнівів. Основний ризик при цьому зводиться до наступного: свідок може обмовити підсудного; він може виявитися ненадійним внаслідок причин, пов'язаних з його минулим (раніше мали місце розумові розлади, галюцинації, потяг до систематичної брехні та інше); у нього могли бути в минулому не виявлені зв'язки або контакти з обвинуваченим (підсудним), які після їх виявлення могли бути взяті до уваги і відповідати на запитання про можливе джерело його упередженого ставлення до підсудного та ін. [12].

Аналіз наявної інформації призводить до прийняття попереднього рішення про обрання конкретного заходу безпеки у відповідності до слідчої ситуації, яка склалася, та деяких інших факторів: чи відомо про такого свідка підозрюваному, обвинуваченому або їх оточенню; наявність фінансування заходу безпеки, який необхідно обрати та ін.

Моделювання: який захід безпеки потрібно застосовувати і на який час; чи надає він можливість для дачі свідчень або брати участі в проведенні інших слідчих дій: пред'явлення для впізнання, очній ставці, відтворенні обстановки та обставин події та ін.

Підготовка тактичної операції: після прийняття слідчим (прокурором) процесуального рішення вирішується питання щодо проведення тієї чи іншої слідчої дії за участю особи, щодо якої застосовані заходи безпеки: особиста охорона; допит особи в умовах, коли відсутній візуальний контакт із деякими учасниками кримінального судочинства, а якщо в суді – наприклад, за відсутності підсудних; якщо пред'явлення для впізнання – передбачити приміщення, яке спеціально обладнане саме для проведення пред'явлення для впізнання; підготувати грим, перуку для часткової зміни обличчя підзахисної особи; відібрання підписки про нерозголошення даних досудового слідства, наприклад, від понять, яких потрібно заздалегідь підібрати та ін.

Безпосереднє здійснення: 1) оформлення заяви або отримання відповідного повідомлення (про реальну загрозу життю, здоров'ю учасника кримінального судочинства); 2) перевірка заяви чи повідомлення (відповідно до ст.52¹ КПК України); 3) винесення мотивованої постанови (ухвали) про застосування конкретного заходу безпеки та передача її до органу, на який покладено здійснення заходів безпеки, отримання інформації про вжиті заходи; 4) безпосереднє дача свідчень на досудовому слідстві або вилучення зі справи протоколів (якщо особа вже була раніше допитана) та інших документів, де зазначені достовірні відомості про особу, яка взята під захист, коли стосовно останньої прийнято рішення про нерозголошення відомостей про особу (відповідно до ст.52³ КПК України); це може бути також відмова в задоволенні клопотання про проведення очної ставки з такою особою та ін.; під час розгляду справи в суді: з викликом такої особи до суду через слідчого, представника органу дізнання, які

безпосередньо здійснюють заходи безпеки та з визначенням умов, за яких буде проводитися допит у судовому засіданні (в закритому засіданні, з використанням технічних засобів з іншого приміщення або оголошення судом показань свідка, які він дав на досудовому слідстві та ін.). Це можуть бути також і інші слідчі дії, спрямовані на недопущення протиправних дій з боку інших учасників кримінального судочинства стосовно свідка, наприклад, відсторонення обвинуваченого від посади; обрання йому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та ін.

Надалі – вирішення питання щодо скасування заходів безпеки: з урахуванням мотивації здійсненого тиску: або з метою відмови від дачі свідчень чи дачі неправдивих показань або з мотивів помсти. В останньому випадку це може передбачати окремі дії і після закінчення досудового слідства та судового розгляду справи до моменту відбуття винним покарання та звільнення з місць позбавлення волі (зокрема, запит щодо встановлення оперативним шляхом ставлення засудженого до особи, яка його викрила; профілактична бесіда, повідомлення особи, яка знаходилася під захистом, про звільнення засудженого та ін.).

Останнім етапом є **процесуальне оформлення** тактичної операції: винесення постанов про застосування конкретного заходу безпеки (у тому числі таких, що вилучаються зі справи); складання протоколу допиту (інших слідчих дій) з невнесенням до нього деякої інформації стосовно свідка, який знаходиться під захистом (з метою ускладнити можливість встановлення особи, наприклад, її місця проживання та ін.); підготовка обвинувального висновку також без внесення до нього окремих даних та ін.

Використання під час розслідування справ про тяжкі злочини запропонованих положень тактичної операції “захист свідка” допоможе усунути загрозу здоров'ю, життю, майну осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві та зберегти докази.

ЛІТЕРАТУРА

1. Пленум Верховного Суду України в постанові від 18.06.99 р. №10 “Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві” // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – №3. – С. 23.
2. Закон “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” // Відомості Верховної Ради. – 1994. – №11. – Ст. 51.
3. Закон “Про державний захист суддів та працівників правоохоронних органів” // Відомості Верховної Ради. – 1994. – №11. – Ст. 50.
4. Кримінально-процесуальний Кодекс України // Відомості Верховної Ради. – 2000. – №10. – Ст. 79.
5. Брусницын Л. В. Меры безопасности для содействия уголовному правосудию: отечественный, зарубежный и международный опыт // Государство и право. – 1998. – №9. – С. 45.
6. Бояров В.І., Грузінова Т.І., Ільковець Л.Б., Ієрусалимов І.О., Лиховид С.М., Моргунов В.І. Коментар до Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2002. – №1. – С. 74-129.
7. Белкин Р.С. Курс криминалистики. В 3 т. – М., 1997. – Т.3. – С. 202-210; Белкин Р.С. Следственная ситуация и тактические комбинации // Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования. – М., 1997. – С. 79-89.
8. Дулов А.В. Тактические операции при расследовании преступлений. – Минск, 1979. – С. 44.
9. Криминалистика / Под ред. В.А. Образцова. – М., 1997. – С. 84-87.
10. Трухачев В.В. Преступное воздействие на доказательственную информацию: Правовые и криминалистические средства предупреждения, выявления и нейтрализации. – Воронеж, 2000.
11. Баев О.Я. Основы криминалистики: курс лекций. – М.: Экзамен, 2001. – С. 237-250.
12. Рекомендації №R (97)13 Комітетом Міністрів Ради Європи державам членам Ради Європи стосовно запобігання тиску на свідків та забезпечення прав захисту (прийнято Комітетом міністрів 10 вересня 1997 р.).

ВТІЛЕННЯ ІДЕЙ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)

Ходирева Т.В., ад'юнкт

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У цій роботі автором розглядаються питання впровадження положень відновлювального правосуддя в систему кримінального судочинства України. Поруч із цим автор наводить приклади проведення примирювальних процедур між сторонами кримінально-правового конфлікту в таких країнах, як США, Нова Зеландія, Франція та Англія, виявляючи їх недоліки й позитивні результати, висувуючи при цьому конкретні пропозиції. У результаті викладення проблеми автор доходить висновків про необхідність впровадження положень відновлювального правосуддя у вітчизняне законодавство та практику його застосування, а також про потребу скорішого винайдення шляхів ефективного співіснування цього виду правосуддя з традиційним.

Ключові слова: відновлювальне правосуддя, кримінальне судочинство, гарантії прав потерпілого, кримінально-правовий компроміс.

Ходирева Т.В. ВОПЛОЩЕНИЕ ИДЕЙ ВОССТАНОВИТЕЛЬНОГО ПРАВОСУДИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ) / Днепропетровский государственный университет внутренних дел, Украина

В данной работе автором рассматривается вопрос внедрения положений восстановительного правосудия в систему уголовного судопроизводства Украины. Вместе с этим автор приводит примеры проведения примирительных процедур между сторонами уголовно-правового конфликта в таких странах, как США, Новая Зеландия, Франция и Англия, выявляя их недостатки и положительные результаты, выдвигая при этом конкретные предложения. В результате изложения проблемы автор приходит к выводам о необходимости внедрения положений восстановительного правосудия в отечественное законодательство и практику его применения, а также о необходимости скорейшего нахождения путей эффективного сосуществования данного вида правосудия с традиционным.

Ключевые слова: восстановительное правосудие, уголовное правосудие, гарантии прав потерпевшего, уголовно-правовой компромисс.

Khodyreva T.V. REALIZATION OF THE IDEAS OF REGENERATIVE JUSTICE IN CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS (THE COMPARATIVE – LEGAL ANALYSIS) / Dnepropetrovkiy State University of internal affairs, Ukraine

The article deals with the question of introduction of positions of regenerative justice into the system of criminal legal proceedings of Ukraine. Besides the author makes some examples of carrying out of reconciliatory procedures between the sides of the criminal – legal conflict in such countries, as the USA, New Zealand, France and England, revealing their lacks and positive results, putting forward specific proposals. Researching the problem, the author comes to conclusions concerning the necessity of introduction of positions of regenerative justice for the domestic legislation and the practice of its application; and also the necessity of the prompt finding of the ways of effective coexistence of the given kind of justice with the traditional one.

Key words: regenerative justice, criminal justice, guarantees of the victim's rights, the criminal – legal compromise.

Актуальність теми. Згідно з положеннями ст.3 Конституції України, найголовнішим обов'язком держави є захист людини, утвердження і забезпечення її прав і свобод. А людина, яка потерпіла від злочину, особливо потребує ефективного правового захисту, негайного та повного відновлення її порушених прав.

У процесі теоретичної розробки проблеми забезпечення прав потерпілого, вагомий внесок у її вивчення здійснили О.П. Кучинська, П.П. Михайленко, І.І. Потеружа, З.Д. Смітєнко, В.М. Тертишник, М.С. Шумило, О.А. Парфіло, Л.І. Шаповалова та інші процесуалісти. Їх наукові ідеї знайшли своє відображення в діючому законодавстві і були втілені в правозастосовчу діяльність правоохоронних органів.

Звертаючись до стану наукової розробки проблеми гарантування прав потерпілого при звільненні обвинуваченого від кримінальної відповідальності за не реабілітуючими обставинами, слід зазначити, що цілий ряд правових аспектів, які закріплюють систему прав потерпілого при закритті кримінальної справи в даних випадках, не втрачає своєї актуальності і сьогодні, особливо при застосуванні нового для вітчизняного законодавства інституту кримінально-правового компромісу, юридична природа якого знайшла своє законодавче закріплення у 2001 році в ст.ст.45, 46 Кримінального кодексу України, а процесуальне оформлення в ст.ст.7-1, 7-2 та ст.8 КПК України.

До моменту її правового закріплення, можливість закриття кримінальної справи у випадку застосування кримінально-правового компромісу вже розглядалась деякими вченими. Наприклад, В.М. Тертишник до

прийняття діючого КК України пропонував передбачити в законі правило про те, що справи про злочини невеликої тяжкості закриваються за примиренням сторін за умови повного відшкодування матеріальної і компенсації моральної шкоди потерпілому [1]. Ці пропозиції разом із пропозиціями щодо запровадження інституту дійового каяття [2] знайшли підтримку та втілення в законодавство, а згодом і дискусійне обговорення на сторінках наукових видань [1-6].

Після законодавчого оформлення даного інституту, увага науковців була зосереджена на вивченні правової природи та процесуальних особливостей його реалізації. Серед учених, які приділяли увагу цьому питанню, можна виділити таких, як Г.О. Усатий, Ю.В. Баулін, О.А. Губська, Л.В. Головка, В.С. Єгоров, В.М. Верещак, О.О. Житний, С. Туркота. Не дивлячись на це, необхідність наукового вивчення вказаної проблеми пояснюється, перш за все, відсутністю, у зв'язку з відносною молодістю даного інституту, як практичних надбань, пов'язаних із його застосуванням, так і теоретичних праць, положення яких були б зведені в певну систему і стосувалися гарантування прав потерпілого при закритті кримінальної справи, зокрема на підставі примирення сторін.

Кримінально-правовий компроміс між винною особою і потерпілим є інноваційною формою боротьби зі злочинністю, розвиток якої в останній час набув нових перспектив, адже саме він відповідає процесу гуманізації національного законодавства та приведення його у відповідність до міжнародного. Метою встановлення такого компромісу є врегулювання, найчастіше через незалежних третіх осіб, конфлікту, що виникає в результаті вчинення злочину між протилежними за інтересами сторонами.

Впровадження нового інституту звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності у випадку примирення обвинуваченого з потерпілим, як першого кроку до побудови відновлювального правосуддя, закономірно призвело до необхідності ретельного теоретичного розроблення, а відповідно і практичного втілення правового механізму забезпечення прав потерпілого у вказаних вище випадках. Для більш повного розгляду наступного питання, у даній роботі ми звернемося до міжнародного досвіду впровадження відновлювального правосуддя, адже саме воно є основою втілення принципів судового компромісу в здійсненні вітчизняного судочинства.

Метою наступної роботи є проведення аналізу теоретичних положень та практичних технологій міжнародного досвіду у сфері відновлювального правосуддя та вироблення на основі отриманих результатів оптимальних пропозицій щодо вдосконалення застосування інституту кримінально-правового компромісу в окремих його проявах у вітчизняному кримінальному судочинстві.

Відновлювальне правосуддя є світовим рухом за переорієнтацію кримінального судочинства з карального за своїм характером до відновлювального (мається на увазі не тільки відновлення правового положення потерпілого, але й відновлення його соціальної ролі та внутрішнього стану, які були порушені внаслідок вчинення відносно нього злочину, при цьому одночасно використовується схожий підхід щодо впливу на винну особу з метою її перевиховання).

У наш час у різних регіонах світу (Європа, Північна Америка, Австралія, Нова Зеландія і Південна Африка) діють програми, що дозволяють розв'язувати кримінальні справи відновлювальним способом. Частина цих програм сформувалася під впливом традиційної культури корінних народів вказаних регіонів.

Противагою концепції відновлювального правосуддя є існування шляхів здійснення правосуддя, що, переважно, мають ознаки каральної спрямованості. На підтвердження цього положення, С. Туркота зазначає: «Компромісний шлях незаслужено забутий вітчизняним законодавцем, який в останній час, на жаль, віддає перевагу лише карально-репресивним методам кримінального судочинства з притаманними їм консервативними інститутами» [7]. Каральна спрямованість правосуддя зумовлена трактуванням злочину як порушення законів держави, а не як випадку спричинення шкоди людині, людським стосункам, а також спрямованістю кримінального процесу на доведення вини й визначення покарання особі, що зазнає переслідування. Існуюче судочинство відрізняє, насамперед, неухва до потерпілих та нехтування їхніми інтересами. При цьому слід зазначити, що значна кількість систем правосуддя країн світу побудована таким чином, що держава зобов'язана доводити факт вчинення злочину конкретною особою, справа обвинуваченого чи підсудного піклуватися про самого себе, а обов'язок адвоката, відповідно, допомагати йому в цьому. Потерпілий при цьому, на дивлячись на підвищення останніми роками уваги до гарантування його прав та закріплення обов'язку компетентних органів щодо швидкого й повного їх відновлення, захищений недостатньо. Окрім того, процедура здійснення кримінального судочинства, провідною метою якого є покарання винного, травмує свідомість потерпілого, перетворюючи його на жертву вдруге, але не від особи, яка вчинила злочин, а від процедури здійснення правосуддя.

Проявом відновлювального правосуддя є саме можливість закриття кримінальної справи у випадку примирення сторін. На його необхідності наголошує й Ю. Баулін, пояснюючи, що вона викликана реформуванням кримінальної політики та зміни її пріоритетів у бік охорони інтересів потерпілого [8].

Ми вживаємо саме термін „примирення сторін”, а не законодавчо визначений вираз „примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим”, оскільки вважаємо, що останнє формулювання обмежує потерпілого, або іншу незацікавлену в результатах справи особу, у праві бути ініціатором примирення, що також може виступати гарантією права потерпілого на швидке та повне відновлення його прав шляхом спонукання обвинуваченого чи підсудного до дій відновлювального характеру. При цьому такий спосіб вирішення кримінальної справи, як примирення сторін, передбачає відхід від традиційної конфронтації між ними і висуває на передній план такі важливі досягнення, як зниження напруженості в міжособистісних відносинах, що дозволяє вирішити конфлікт швидко й ефективно.

На відміну від існуючої моделі кримінального судочинства, важливим принципом відновлювального правосуддя є принцип самовизначення сторін, тобто передача сторонам повноважень на особисте винайдення рішення, що дозволяє оптимально вирішити кримінальну справу. Передача повноважень у винайдення рішення по кримінальній справі актуалізує такий найважливіший ресурс відновлювального правосуддя, як прагнення людей домовитися.

Реалізація відновлювальних способів здійснення судочинства передбачає використання конкретних форм роботи з використанням провідних програм відновлювального правосуддя. Серед найвідоміших програм відновлювального правосуддя поруч із так званими „колом правосуддя”, що практикується в Канаді і базується на традиціях північноамериканських індіанців, та „сімейною конференцією”, яку можна назвати частиною системи кримінального судочинства Нової Зеландії, створену за традиціями корінного населення-маорі найпоширенішою є саме медіація. Особливість перших двох програм полягає в систематичному залученні до зустрічей потерпілого з обвинуваченим представників місцевих співтовариств і найближчого соціального оточення особи, яка притягається до кримінальної відповідальності [9].

У рамках програм відновлювального правосуддя, які, на жаль не запроваджені в нашій країні, організуються очні зустрічі потерпілого і винної особи, що передбачають добровільну участь кожної зі сторін.

Основа таких зустрічей – персонально орієнтований діалог, на перше місце в якому ставляться співчуття і співпереживання, вислуховування і підтримка. Неодмінною умовою є також нейтральність ведучого, завдання якого – полегшити переговори, припинити взаємні обвинувачення і сприяти повному та швидкому відновленню порушених прав. Зміст угоди, що приймається на зустрічі, формулюється на основі пропозицій учасників, а не нав'язується їм ззовні, що є фактичним гарантом її виконання.

Виходячи з вищесказаного, можна визначити, що відновлювальне правосуддя керується двома основними принципами. Головний – відштовхується від положення обов'язковості відшкодування завданої потерпілому шкоди.

Другий основний принцип відновлювального правосуддя – це принцип участі. Його зміст полягає у тому, що в потерпілого, винної особи та співтовариства (якщо його участь передбачена у примирювальній процедурі) має бути своя, окрема та чітко регламентована роль у цьому процесі. Держава не повинна займати зверхню позицію над сторонами конфлікту, вона, скоріше, має брати участь у примиренні нарівні з потерпілим, особою, яка притягається до кримінальної відповідальності і, якщо можливо, місцевим співтовариством, як це має місце в Новій Зеландії.

Новозеландська модель відновлювального правосуддя сформувалася в Австралії і Новій Зеландії та носить назву «сімейна конференція». Ця модель виникла і застосовувалася на практиці ще до появи сучасної правової системи. У вісімдесятих роках у Новій Зеландії сталася криза системи правосуддя для неповнолітніх, ніхто більше не вірив у цю систему. Корінне населення Нової Зеландії – маорі, яке становить 15 % усього населення, дійшло висновку, що сучасна система правосуддя не є ефективною. У 1989 році всю ювенальну систему правосуддя в Новій Зеландії було змінено. Зараз лише незначна кількість кримінальних справ, що стосуються неповнолітніх обвинувачених, потрапляє до суду, оскільки вони, замість того, щоб піддаватися судовому розгляду, розглядаються на сімейних конференціях. Конференцію, на якій присутні жертва, правопорушник та його родичі, проводить соціальний працівник. У ній також бере участь адвокат правопорушника і співробітник поліції (у Новій Зеландії поліція виконує роль обвинувача). Учасники такої конференції роблять те саме, що і при здійсненні програми примирення, вони розказують про те, що сталося, що вони відчувають, натомість отримують відповіді на свої запитання. Потім правопорушник разом із своєю сім'єю вирішують, які дії останньому потрібно зробити для того, щоб відновити порушені права потерпілого, і висувають свої пропозиції. Усі присутні після цього обговорюють прийняте рішення: йдеться не лише про відшкодування шкоди, але й про те, чи буде застосоване до винного ув'язнення, або чи буде він брати участь у реабілітаційній програмі. Але незрозумілим є те, що всі присутні мусять погодитися з висунутими пропозиціями: і жертва, і правопорушник, і його сім'я, і його адвокат, і офіцер поліції. Ці конференції приносять значні позитивні результати в реалізації завдань кримінального судочинства, тому судді в Новій Зеландії пропонують застосовувати цю систему й відносно дорослих правопорушників [10].

Повертаючись до розгляду правого інституту медіації, слід зазначити, що вона полягає в примиренні потерпілого з особою, винною у вчиненні злочину, що є результатом проведення переговорів, які можуть реалізовуватися за допомогою третьої особи, яка не зацікавлена в результатах справи. Важливість цього інституту полягає у тому, що вона є засобом досягнення компромісу між протилежними за інтересами сторонами і спрямована на відновлення порушених прав потерпілого.

Інститут медіації в США має свій шлях розвитку та досягнення. Так, кримінальна справа з метою її вирішення, може бути надіслана представником поліції, прокурором або суддею на розгляд за програмою примирення до неурядової організації або служби пробації, на яку покладені обов'язки щодо збору інформації про правопорушника та проведення з ним роз'яснювальних бесід [11]. Спеціально підготовлений посередник (медіатор), який є нейтральним учасником переговорів, спочатку зустрічається окремо з жертвою, а потім із її кривдником, вислуховує версії обох сторін, відповідає на їхні запитання і з'ясовує, чи бажають вони продовжувати цей процес. Якщо обидві сторони погоджуються, посередник організовує зустріч сторін. Потерпілий вислуховує розповідь протилежної сторони і може поставити йому будь-які запитання, після чого висловлює свої міркування. Після цього обидві сторони складають письмовий контракт про відшкодування збитку. Відшкодування може відбуватися в грошовому вигляді, шляхом виконання певної роботи або іншим способом. Контракт надсилають до установи, що направила справу на примирення, а якщо справа надійшла з суду, він стає частиною вироку. Якщо справа надійшла з поліції чи від прокурора, її, як правило, закривають після виконання умов контракту [12].

Аналогічна процедура організації та проведення переговорів передбачена законодавством Франції, але відмінністю є те, що процесуальним документом, який закріплює хід і результати проведення переговорів, є не контракт, як у США, а протокол, який складається медіатором [13].

В Англії інститут медіації набув свого розвитку, починаючи з 1980-х років. Посередниками тут можуть виступати співробітники спеціально створених служб медіації, якими можуть бути члени громадських організацій, поліцейські, члени служби пробації [14].

За програмою відновлювального правосуддя були проведені серйозні дослідження в різних країнах. Вченими США було виявлено, якщо жертва і правопорушник погодилися на зустріч, майже завжди між ними буде досягнута згода. Вивчення матеріалів також показали, що виконуються від 80 до 90 % контрактів, що складаються у випадку досягнення згоди між сторонами. Потерпілі відчують більше задоволення, вони долають страх, до того ж, набагато меншою є імовірність того, що винні особи вчинять злочин ще раз [15].

Що стосується України, слід визначити, що інститут медіації в нашій країні більш схожий на просту медіацію, яка характеризується саме відсутністю законодавчо закріпленої можливості участі в переговорному процесі третьої, незацікавленої сторони (посередника). Адже кримінально-процесуальний Кодекс України не передбачає обов'язку суду, прокурора чи слідчого роз'яснити потерпілому та обвинуваченому чи підсудному їх право на примирення. Як наслідок, органи, що реалізують завдання кримінального судочинства в нашій країні є пасивними до процедури примирення сторін і є своєрідними спостерігачами винайдення сторонами компромісного рішення.

Розглядаючи міжнародну практику використання спеціальних служб та їх представників у проведенні примирювальних переговорів, ми вважаємо, що впровадження її в процес вітчизняного судочинства є досить складним. Експериментально, можливо припустити участь добровольців у процесі проведення переговорів між потерпілим та обвинуваченим чи підсудним, але досягти всезагальної практики в цьому напрямку практично не можливо, адже в теперішній час громадськість майже не бере участь у провадженні кримінального судочинства. У підтвердження необхідності процесуального закріплення механізму примирення сторін слугує і широко поширена практика ініціювання примирювальних процедур між сторонами з боку слідчого чи суду, але процесуального закріплення дане положення в чинному законодавстві не було, що ставить питання про законність результатів, отриманих у ході примирення.

На наш погляд, з метою подолання протиріч, викликаних у зв'язку з введенням у сучасне кримінальне законодавство можливості звільнення обвинуваченого чи підсудного від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням сторін та з метою слідування рекомендації №R(99) 19 Комітету міністрів ради Європи щодо здійснення посередництва в кримінальних справах, доцільним було б виділити в окремий розділ, який би містив норми щодо особливого порядку здійснення кримінального судочинства, одна глава якого була б присвячена саме процедурі примирення сторін та механізму гарантування прав потерпілого в даному випадку закриття кримінальної справи.

Виходячи з вищесказаного, можна визначити наступне: кримінальна медіація пропонує швидкий та гнучкий засіб для створення діалогу між сторонами. Позитивним також можна відмітити й той факт, що розвиток договірних процедур пропонує оперативне, та, у більшості випадків, задовільне вирішення проблем дрібної та середньої злочинності. Вчинене засуджується суспільством, а за допомогою самого ж

винного правовий конфлікт (кримінальна справа) вирішується. Але в цьому випадку існує небезпека переходу до існування двоїстого кримінального процесу, де для дрібних порушень будуть застосовуватися спрощені договірні процедури, які регулюються прокуратурою, а всі інші будуть розглядатися за правилами звичайного кримінального процесу з комплексом гарантій, які йому властиві. Право на вирішення кримінальної справи в суді Конституцією України гарантується всім обвинуваченим і про це не слід забувати. Адже коріння дійсного кримінального процесу – у праві на судовий розгляд.

Як висновок слід викласти наступне: відновлювальне правосуддя не повинно протиставлятися офіційному правосуддю, воно покликане надати офіційному правосуддю за рахунок використання певного способу розв'язання кримінальних ситуацій шляхом компромісу.

Відновна переорієнтація правосуддя передбачає усвідомлення фахівцями (суддями, прокурорами, слідчими і т.п.) різних способів реагування – карального і відновлювального – на кримінальну ситуацію, створення умов для систематичного застосування відновних програм (на основі принципу диференціації кримінального процесу) та обмеження карального підходу необхідним мінімумом.

Перспектива розгляду цього питання та його наукової розробки пояснюється необхідністю створення в Україні відновлювального правосуддя та винайдення шляхів ефективного її співіснування зі сталим традиційним правосуддям.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тертышник В.М. Уголовный процесс. Изд. 3-е дополн. и перераб. – Харьков, 2000. – С. 500-501.
2. Щерба С.П., Савкин А.В. Деятельное раскаяние в совершенном преступлении. – М., 1997. – С.13-22.
3. Тертышник В.М. Компромисс в уголовном процессе Украины, России и США // Право и политика. – 2003. – №8. – С. 62-67.
4. Тертышник В.М. Компромис у кримінальному процесі // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №11. – С.107-112.
5. Житний О.О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: Монографія. – Харків, 2004. – С.9-15.
6. Землянська В. Запровадження відновлюючих підходів: зміна погляду на кримінальне судочинство // Право України. – 2003. – №10. – С.154-156.
7. Туркота С. Виникнення та розвиток правового компромісу: історичні передумови // Право України. – 2002. – №5. – С.46-51.
8. Баулін Ю. Звільнення від кримінальної відповідальності. – К., 2004. – С.135.
9. Максуров Р. Восстановительное правосудие, ресоциализация и городская политика. – М., 2002. – С. 44-47.
10. Максвел Г., Моріс Е. Кримінальне правосуддя у справах неповнолітніх у Новій Зеландії: модель відновлювального правосуддя // Робочі матеріали семінару «Відпрацювання технологій відновлювального правосуддя з метою їх впровадження в діючу систему кримінального судочинства як елементів ювенальної юстиції». – Дніпропетровськ, 2003. – С.23-29.
11. James Q.Wilson. What to do about crime. – Criminal justice 96\97, USA. pp.23.
12. Illinois juvenile court act 2000 edition, December, USA, – 2000. – pp.19-21.
13. Леблуа-Аппе Ж. Договорные процедуры в уголовном процессе Франции // Право и политика. – 2003. – №11. – С.84.
14. Justice and the Law.- GB, Newgate Press, London, November. – 1995. – pp.25-27.
15. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. – М., 1998.

РОЗДІЛ VII. НАУКОВЕ ЖИТТЯ

ЗАХИСТ ДИСЕРТАЦІЙ



11 жовтня 2005 року на засіданні спеціалізованої вченої ради Д. 26.236.02 Інституту держави і права ім. В.М. Корецького Національної академії наук України (м. Київ) відбувся прилюдний захист дисертації **Земля як об'єкт права власності за земельним законодавством України** на здобуття наукового ступеня **кандидата юридичних наук** (спеціальність 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право) старшим викладачем кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету

БОНДАРЕМ ОЛЕКСАНДРОМ ГРИГОРОВИЧЕМ

Науковий керівник:

доктор юридичних наук, професор
МУНТЯН Василь Лук'янович,
Інститут держави і права імені
В.М. Корецького НАН України,
провідний науковий співробітник.

Офіційні опоненти:

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АПрН України
ШУЛЬГА Михайло Васильович,
Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого,
професор кафедри екологічного права;

кандидат юридичних наук, доцент
НОСІК Володимир Васильович,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, доцент
кафедри трудового, земельного та
екологічного права.

Провідна установа:

Одеський юридичний інститут
Національного університету
внутрішніх справ,
кафедра цивільного та
трудового права, Міністерство
внутрішніх справ України (м. Одеса.)

Колектив юридичного факультету Запорізького національного університету та редакційна рада «Вісника Запорізького національного університету» (серія «Юридичні науки») вітають свого колегу з успішним захистом дисертації та бажають подальших творчих успіхів у науково-педагогічній діяльності!

СЕМІНАРИ, КОНФЕРЕНЦІЇ, ОБГОВОРЕННЯ
ПОСТІЙНО ДІЮЧИЙ ТЕМАТИЧНИЙ СЕМІНАР
ПРАЦІВНИКІВ ЮРИДИЧНИХ СЛУЖБ ПІДПРИЄМСТВ,
УСТАНОВ І ОРГАНІЗАЦІЙ

27 жовтня 2005 року відбулося засідання постійно діючого тематичного семінару працівників юридичних служб підприємств, установ і організацій, організованого Запорізьким управлінням юстиції та Запорізьким центром перепідготовки і підвищення кваліфікації державних службовців і керівників державних підприємств, установ та організацій. Семінар було присвячено теоретичним та практичним аспектам адміністративного судочинства. На семінарі виступила к.ю.н., доцент кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету Гулевська Ганна Юріївна із доповіддю, присвяченою провадженню в адміністративному суді першої інстанції. Були розглянуті питання звернення до адміністративного суду, особливості адміністративного позову, розгляду адміністративних справ у суді першої інстанції, судових рішень адміністративних судів. Особливу увагу було приділено особливостям провадження з окремих категорій адміністративних справ. Під час доповіді аналізувались особливості адміністративного процесу порівняно з цивільним та господарським судочинством, висвітлювались найбільш актуальні практичні питання. Доповідь супроводжувалась дискусією та обговоренням проблемних аспектів застосування адміністративного судочинства.

Слід зазначити, що фахівці кафедри адміністративного та господарського права під керівництвом д.ю.н., професора, завідувача кафедри Т.О. Коломоєць протягом останнього часу беруть активну участь у науково-практичних заходах: Міжнародній науково-практичній конференції „Право ХХІ століття: становлення та перспективи розвитку” (25.11.2005 р. м. Миколаїв, Миколаївський навчальний центр ОНЮА); Всеукраїнській науковій конференції молодих учених, аспірантів та студентів „Захист прав людини в Україні. Теоретичні та практичні аспекти” (9 – 10.12.2005 р. м. Донецьк, Донецького національного університету, Молодіжний центр правничих студій).

Гулевська Г.Ю.,
к.ю.н., доцент кафедри
адміністративного та
господарського права
Запорізький національний університет

НАПЕРЕДОДНІ ПАРЛАМЕНТСЬКИХ ВИБОРІВ ЮРИСТИ ТА ПОЛІТОЛОГИ РАДЯТЬСЯ

13 грудня 2005 року спільними зусиллями Запорізької обласної державної адміністрації, Центру перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців та Запорізького національного університету в культурно-діловому центрі “Байда” було організовано і проведено науково-практичний семінар “Передумови та пріоритети парламентських виборів в Україні 2006 року”. Враховуючи актуальність проблематики, якій присвячено захід, суттєве оновлення вітчизняного виборчого законодавства, відсутність уніфікованої практики його застосування, наявність численних проблем у практичній реалізації громадянами свого активного виборчого права, юристи, політологи, соціологи та фахівці в галузі державного управління об’єднали свої зусилля й висвітили основні положення чинного виборчого законодавства, акцентували увагу на змінах та доповненнях, які були внесені останнім часом, проаналізували недоліки, виявлені під час президентських виборів в Україні у 2004 році, сформулювали конкретні рекомендації щодо найповнішої реалізації виборчого права громадянами України, окреслили моделі поведінки спостерігачів на майбутніх виборах. Комплексний характер інституту парламентських виборів цілком логічно зумовив прискіпливий погляд соціологів та політологів на передумови виборчого процесу, роль і місце засобів масової агітації у відповідному процесі, на можливості різноманітного використання емпіричних даних, результатів спостережень задля досягнення бажаного результату різними суб’єктами виборчих правовідносин.

Після жвавого обговорення виступу кожного доповідача всі учасники семінару розробили конкретні рекомендації щодо можливих пріоритетних напрямків проведення парламентських виборів в Україні в березні 2006 року, прийняли відповідну резолюцію.



Коломoeць Т.О.,
д.ю.н., професор
кафедри адміністративного та
господарського права
Запорізький національний університет

СЕМІНАР
“МОЖЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ
ЗА НОВИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ”

15 грудня 2005 року в конференц-залі готелю “Інтурист” міста Запоріжжя за сприяння Програми правового захисту та освіти ЗМІ IREX U-Media було проведено семінар “Можливості застосування судової практики Європейського Суду з прав людини за новими процесуальними кодексами України”, участь у якому взяли представники юридичного факультету Запорізького національного університету та інших вищих навчальних закладів, провідних юридичних фірм, досвідчені адвокати Запорізького регіону, а також всі, кого цікавлять питання медіа-права. Завдяки розгалуженому спектру учасників цього заходу його організатори змогли не тільки представити фіксовані доповіді, а й залучити всіх присутніх до живої дискусії, оскільки питання, які обговорювалися, останнім часом все частіше зустрічаються в практичній діяльності багатьох засобів масової інформації, зачіпають честь, гідність особи, впливають на стан реалізації та захищеності прав, свобод людини. Зміна пріоритетів у взаємовідносинах особи і держави, прискорене формування вітчизняного інформаційного законодавства, специфіка нормотворчого процесу у відповідній сфері, відсутність уніфікованої практики його застосування зумовлюють наявність численних проблем, пов’язаних із визначеністю правового статусу засобів масової інформації, можливістю розгляду Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод як джерела українського права тощо. Особливий інтерес в учасників викликали питання правової природи Європейської Конвенції щодо захисту прав людини та основних свобод та її місце в системі українського законодавства, структура статті 10 відповідної Конвенції, і зокрема її складові щодо втручання держави в здійснення свободи вираження, правомірності втручання держави у здійснення свободи вираження (чи було втручання передбачено законом, чи мало втручання законну мету, чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві та чи було воно пропорційним законній мірі), а також огляд практик Європейського Суду з прав людини за статтею 10, аналіз рішень Європейського Суду з прав людини проти України зі статтею 10.

Ознайомившись із законодавчою базою, емпіричним матеріалом, учасники семінару виробили цілий ряд рекомендацій щодо можливих варіантів вирішення правових спорів у відповідній галузі суспільних відносин, визначили пріоритети подальшої співпраці в межах правового простору України.

Коломоєць Г.О.,
 д.ю.н., професор
 кафедри адміністративного та
 господарського права
 Запорізький національний університет

ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА ПРО АВТОРІВ

Аралов Павло Юрійович – курсант III-го курсу Луганської академії внутрішніх справ МВС України імені 10-річчя незалежності України.

Бабанін Сергій Володимирович – викладач кафедри кримінального права Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Бичківський Олексій Олексійович – старший викладач кафедри теорії і історії держави та права Запорізького національного університету.

Бичківський Олексій Петрович – к.ю.н., доцент, професор кафедри, завідувач кафедри цивільного права Запорізького національного університету.

Білкун Володимир Васильович – к.мед.н., доцент кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету.

Блокан Інна Вікторівна – старший викладач кафедри цивільного права Запорізького національного університету.

Бондар Олександр Григорович – к.ю.н., старший викладач кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету.

Бостан Сергій Костянтинівич – к.і.н., доцент, професор кафедри загальноправових дисциплін Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Бояров Віктор Іванович – к.ю.н., доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України.

Будько Захар Миколайович – к.ю.н., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Вашенко Юлія В'ячеславівна – к.ю.н., асистент кафедри конституційного та адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Венгаренко Тетяна Анатоліївна – студентка IV курсу юридичного факультету Запорізького національного університету.

Гацелюк Віталій Олександрович – к.ю.н., доцент кафедри кримінального права Луганської академії внутрішніх справ МВС України імені 10-річчя незалежності України, старший лейтенант міліції.

Горбач Оксана Володимирівна – старший викладач кафедри адміністративного права Національної академії внутрішніх справ України.

Гулевська Ганна Юрївна – к.ю.н., доцент кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету.

Джолос Сергій Вадимович – член Національної спілки журналістів України, студент історико-філософського факультету Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького.

Дурасова Юлія Володимирівна – магістр права, асистент Криворізького навчального центру Одеської Національної юридичної академії.

Журавльова Ганна Семенівна – к.ю.н., доцент, завідувач кафедри конституційного та трудового права Запорізького національного університету.

Іваненко Ігор Володимирович – к.ю.н., доцент кафедри права Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького.

Клименко Ольга Вікторівна – здобувач юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, перекладач-референт посольства Федеративної Республіки Німеччина.

Коломоєць Тетяна Олександрівна – д.ю.н., професор кафедри, заступник декана юридичного факультету з навчальної роботи, завідувач кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету.

Костяшкін Іван Олександрович – старший викладач Хмельницького університету управління та права, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Курібло Володимир Анатолійович – асистент кафедри правознавства Маріупольського державного гуманітарного університету.

Лактіонова Тетяна Володимирівна – старший оперуповноважений з особливих доручень УМВС України в Донецькій області, здобувач кафедри кримінального права та кримінології Національного університету внутрішніх справ.

Ластівка Вікторія Миколаївна – старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін економіко-правового факультету Одеського національного університету ім. І.І. Мечникова.

Лохматова Алла Іванівна – к.і.н., доцент кафедри культурології України Запорізького національного університету.

Михайленко Ольга Олександрівна – к.ю.н., доцент кафедри цивільного права юридичного факультету Запорізького національного університету.

Мойсієнко Василь Миколайович – к.і.н., доцент кафедри права Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького; докторант Інституту політичних і етнонаціональних досліджень НАН України.

Ніколаєнко Катерина Володимирівна – аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

Онищенко Володимир Вікторович – старший викладач кафедри кримінального права Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Оплачко Лілія Петрівна – науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПРН України.

Прасов Олександр Олександрович – здобувач кафедри цивільного права Запорізького національного університету.

Прокопенко Оксана Вікторівна – молодший науковий співробітник Центру досліджень проблем прав людини юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Проценко Тарас Олександрович – кандидат наук з державного управління, доцент Національної академії державної податкової служби України.

Пунда Олександр Олегович – к.ю.н., юрисконсульт приватного підприємства Укрінтрансконтакт.

Рябчий Г.І. – курсант 3-го курсу факультету кримінальної міліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Сабадаш Віктор Петрович – к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету.

Самойленко Георгій Валерійович – к.ю.н., доцент кафедри цивільного права Запорізького національного університету.

Сергєєва Світлана Миколаївна – к.ю.н., доцент кафедри цивільного права Запорізького національного університету.

Середа Анжела Миколаївна – к.і.н., доцент кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету.

Середюк Вікторія Василівна – студентка IV курсу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Стешенко Тетяна Віталіївна – к.ю.н., доцент кафедри державного будівництва та місцевого самоуправління Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Трач Оксана Михайлівна – старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького університету управління та права.

Удовика Лариса Григорівна – к.філос.н., доцент, професор кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету.

Федоров Іван Олексійович – голова Запорізького апеляційного господарського суду, Заслужений юрист України, здобувач кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету.

Ходирєва Тетяна Василівна – ад'юнкт кафедри кримінального процесу Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.

Цюприк Наталія Олександрівна – викладач кафедри адміністративного права Київського національного університету внутрішніх справ України.

Шмаленя Сергій Валер'янович – прокурор відділу нагляду за додержанням законів органами внутрішніх справ при провадженні оперативно-розшукової діяльності, дізнання та досудового слідства прокуратури Запорізької області, аспірант кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету.



УДК.....

ВИМОГИ ДО ОФОРМЛЕННЯ СТАТЕЙ У “ВІСНИК ЗАПОРІЗЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ” (СЕРІЯ „ЮРИДИЧНІ НАУКИ”)

До друку приймаються наукові статті, де присутні такі необхідні елементи передбачені п.3 Постанови президії ВАК України №7-05/1 від 15 січня 2003 р.

- **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 дана стаття;
- **Формулювання цілей статті** (постановка завдання);
- **Виклад основного матеріалу дослідження** з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- **Висновки з даного дослідження і перспективи** подальших розвідок у даному напрямку.

Тексти статей просимо надати в обсязі 10-12 повних сторінок.

1. МАКЕТ СТОРІНКИ

Для оригінал-макета використовується формат А4 з такими полями:

Верхнє та нижнє поля – 2 см, ліве поле – 2 см, праве поле – 3 см, шрифт набору – “Times New Roman”, 14 кегль, міжрядковий інтервал – полуторний.

2. ТИПОГРАФСЬКІ ПОГОДЖЕННЯ ТА СТИЛІ

УДК набирається в першому рядковій сторінки і вирівнюється за лівим краєм. Заголовок статті набирається в наступному за УДК рядковій і вирівнюється посередині. Потім вказують: прізвища, ініціали авторів, їх посади, учені ступені, звання, нижче – *місце роботи (курсивом)*. Далі розташовуються анотації українською, російською і ключові слова (також двома мовами). Анотації повинні також містити: прізвища, ініціали авторів, назву статті, місце їх роботи або навчання.

Усі таблиці розташовуються у відповідних місцях тексту (по можливості угорі сторінки). Вони повинні бути послідовно пронумеровані: Таблиця 1, Таблиця 2, ... (слід використовувати арабську нумерацію). Надписи розташовуються над таблицями.

Посилання на літературні джерела подаються у квадратних дужках і послідовно нумеруються (слід використовувати арабську нумерацію) у порядку появи виноски в тексті статті. Перелік літературних джерел розташовується в порядку їх нумерації, в останньому розділі статті з підзаголовком: ЛІТЕРАТУРА, який розташовується по центру сторінки.

Для опублікування необхідно направити на адресу оргкомітету:

1. Роздрукований текст статті з анотацією та ключовими словами;
2. Відомості про авторів;
3. Витяг із протоколу засідання вченої ради факультету (для аспірантів та здобувачів);
4. Дискету, на якій повинно бути два файли: 1) із текстом статті та анотацій з ключовими словами; 2) із відомостями про авторів (прізвище, ім'я, по батькові; посада; вчений ступінь; вчене звання; місце роботи або навчання; адреса електронної пошти; дом. адреса; номери контактних телефонів).

До публікації приймаються матеріали, що відзначаються високим науковим рівнем підготовки, містять глибокий самостійний аналіз сучасних проблем розвитку науки та законодавства.

Автор несе відповідальність за достовірність фактичних даних, чіткість викладу тексту, цитування, а також за мовностилістичний рівень написання матеріалу.

Адреса редакції: Україна, 69600, м. Запоріжжя, МСП-41, вул. Жуковського, 66

Довідки за телефонами:

Відповідальний редактор – Михайленко Ольга Олександрівна – (0612) 64-35-31

Відповідальний секретар – Коноваленко Ольга Сергіївна – (0612) 64-16-56

Адреса: Юридичний факультет, V корпус, кімн. 111

Електронна пошта: law_faculty_znu@rambler.ru

Редакційно-видавничий відділ: IV корпус, кімн. 323 – (061) 289-12-26

Збірник наукових статей

Вісник Запорізького національного університету

Юридичні науки

№ 1, 2006

Технічний редактор – О.С. Коноваленко

Підписано до друку 20.03.2006 Формат 60 x 90/8.

Папір Data Copy. Гарнітура “Таймс”.

Умовн.-друк. арк. 27,8 Обл.-вид. арк. 36,7.

Замовлення №. 66 Наклад 100 прим.

Запорізький національний університет

69600, м. Запоріжжя, МСП-41

вул. Жуковського, 66

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру

ДК № 1884 від 28.07.2004 р.