МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том XIV

Одеса
«Юридична література»
2014

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також відомих правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 12.09.2014 р. (протокол № 1).

Редакційна колегія:
М. В. Афанасьєва, д-р юрид. наук, доц. *(головний редактор);*
Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф. *(заступник головного редактора);*
І. В. Гловюк, канд. юрид. наук, доц. *(відповідальний секретар);*
Ю. П. Аленін, д-р юрид. наук, проф.;
М. Р. Аракелян, канд. юрид. наук, проф.;
Л. Р. Біла-Тіунова, д-р юрид. наук, проф.;
М. А. Дамірлі, д-р юрид. наук, проф.;
Є. В. Додін, д-р юрид. наук, проф.;
В. М. Дрьомін, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Завальнюк, канд. юрид. наук, проф.;
І. І. Каракаш, канд. юрид. наук, проф.;
С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф.;
М П. Орзіх, д-р юрид. наук, проф.;
О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, проф.;
Ю. Є. Полянський, канд. юрид. наук, проф.;
В. В. Тіщенко, д-р юрид. наук, проф.;
В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф.;
Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф.;
О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф.;
Г. І. Чанишева, д-р юрид. наук, проф.
Л. Г. Гусейнов, д-р юрид. наук (Азербайджанська Республіка);
Ю. Маношин, д-р юрид. наук (Латвійська Республіка).

Відповідальний за випуск
доктор юридичних наук, професор
М. В. Афанасьєва

Сайт видання: www.naukovipraci.nuoua.od.ua

Постановою Президії ВАК України № 3-05/6
від 6 жовтня 2010 р. збірник внесено до списку фахових видань
(юридичні науки).

ISSN 2307-3427
© НУ «ОЮА», 2014

АКАДЕМІЯ

УДК 342.925:347.91(477)

С. В. Ківалов

СУТНІСТЬ ТА ОСОБЛИВОСТІ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ

Впровадження несудових способів врегулювання юридичних конфліктів не суперечить конституційному праву кожної особи на судовий захист її прав і свобод, оскільки в разі недосягнення потрібного результату зацікавлена сторона завжди має право звернутися до суду [1, с. 90]. Право на судовий захист, яке належить до найважливіших прав, закріплених у Конституції України, набуло свого розвитку в галузевому законодавстві (цивільному, процесуальному, адміністративному тощо). Найбільш дієвим способом захисту законних прав є судовий порядок, умовою належної реалізації якого повинна бути узгодженість між нормами матеріального та процесуального права [2, с. 73].

Питання вирішення адміністративно-правових спорів є вкрай актуальним, оскільки стосується фактично будь-якої людини. Конституційне право кожного громадянина на звернення до суду за захистом своїх прав і свобод, а також оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [3] зумовлюють виокремлення основного способу вирішення адміністративно-правового спору, а саме через суд. Перевірка законності рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень здійснюється адміністративним судом у процесі адміністративного судочинства, тобто шляхом розгляду й вирішення адміністративної справи (адміністративно-правового спору) між громадянином або юридичною особою й суб'єктом владних повноважень, які є сторонами з протилежними юридичними інтересами [4] (ст. ст. 2, 3 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)). Як справедливо зазначає Г.Й. Ткач, під час розгляду адміністративно-правових спорів суд стикається з двома вимогами з одного й того ж правового питання, які взаємно унеможливлюють одна одну. Обов'язком суду є визначення законності позиції (вимоги) тієї чи іншої сторони. А для цього йому потрібно всебічно й об'єктивно дослідити всі докази в справі, оцінити їх і викласти оцінку у вигляді постанови [5, с. 154].

© Ківалов С. В., 2014

Судовий процес, безперечно, є найбільш дієвим способом захисту законних прав, проте в окремих випадках винесення судового рішення ще не означає дійсного розв'язання конфлікту, а навпаки, зумовлює його ескалацію [6, с. 31]. Так, в Україні існує гостра проблема щодо виконання судових рішень, і саме впровадження несудових механізмів зменшить надходження скарг на невиконання судового рішення до Європейського суду з прав людини, що у свою чергу також зменшить штрафні санкції, які важким тягарем лягають на бюджет країни. Крім того, відкрите спілкування між органом державної влади й суспільством, налаштоване на діалог і позитивне розв'язання конфлікту, приведе до підвищення правосвідомості та правової культури органу державної влади [7].

Нині в суспільстві досить активно обговорюється питання про навантаження суддів. Ця проблематика важлива не тільки для суддів, а й для громадян нашої країни, оскільки надмірне навантаження призводить до того, що суди перетворюються на «конвеєр», основним завданням якого буде розгляд якомога більшої кількості справ, щоб «звільнити місце» новим справам. Це не може не позначитися на реалізації основного завдання судочинства – правильного та своєчасного розгляду справ із метою захисту порушених прав громадян, суспільства й держави. Наведені фактори в сукупності створюють майже ідеальні умови для розвитку несудових (позасудових, досудових, квазісудових) форм вирішення правових конфліктів, впроваджуються альтернативні судочинству процедури вирішення спорів.

Варто відзначити, що сучасне українське законодавство, яке базується на принципах і нормах міжнародного права, також має відобразити сучасну тенденцію розвитку несудових процедур врегулювання спорів. Так, наприклад, відповідно до Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 14 травня 1981 р. № К(81)7 державам-членам Ради Європи щодо шляхів полегшення доступу до правосуддя варто вживати заходи стосовно полегшення або заохочення, де це доречно, примирення сторін або дружнього врегулювання спору до прийняття його до провадження в суді або в ході такого судового розгляду [8, с. 229]. Саме тому альтернативні способи врегулювання спору мають зайняти належне місце в правовій системі України.

Враховуючи те, що в Україні немає єдиної усталеної термінології й комплексного визначення системи способів врегулювання спорів поза межами відповідної процесуальної судової форми, різні автори використовують неоднакові, хоча й схожі, терміни для позначення окремих різновидів несудових способів вирішення спорів. Також проблематичним є формування моделі несудових способів врегулювання адміністративних спорів за відсутності усталеного розуміння співвідношення їх різних форм і видів.

Першою спробою систематизувати види несудових способів врегулювання спорів цивільно-правового характеру стала робота О.М. Спектор, яка також відзначила відсутність єдиної термінології для позначення цього явища та спірність належності деяких способів вирішення спорів до способів альтернативного врегулювання спорів. Базовим терміном для визначення несудових способів врегулювання правових спорів автор обра-

ла «альтернативне вирішення спору» та запропонувала як альтернативні державному правосуддю розглядати недержавні способи вирішення правових конфліктів [9, с. 15]. О.М. Спектор також визнає цілком правомірним і доцільним запозичення юриспруденцією інших країн, у тому числі Україною, терміна «альтернативне вирішення спорів» (Alternative Dispute Resolution – ADR), яке вперше було застосовано в США для позначення гнучких і неформальних процедур урегулювання конфліктів, наголошуючи при цьому, що йдеться не про копіювання термінології, а про відповідність сучасним світовим тенденціям взаємопроникнення та взаємозв'язку різних правових систем [9, с. 8].

Таким чином, можна зробити висновок, що автор головними ознаками альтернативного вирішення спору визнає їх здійснення: 1) не судом, тобто поза судовою процесуальною формою; 2) не будь-якими іншими органами державної влади; 3) у неформальній обстановці. При цьому несудові способи врегулювання спорів фактично прирівнюються до альтернативного вирішення спорів.

Варто відзначити, що для публічно-правової сфери такий підхід не може бути сприйнятий повною мірою, оскільки альтернативою судовому провадженню щодо розгляду адміністративного спору є не тільки недержавні форми врегулювання спорів, а й цілком усталені, традиційні для України форми вирішення спорів, зокрема адміністративне оскарження – процедура, що здійснюється не в судовому порядку, характеризується швидкістю, економічністю, нижчим ступенем формалізації, передбачає винесення владного індивідуального рішення щодо особи – сторони спору. Самостійність і самодостатність процедури адміністративного оскарження, а також її цілковита відокремленість від адміністративного судочинства дають підстави визначити її як альтернативу адміністративному судочинству. Проте при цьому вона не вписується в запропоноване О.М. Спектор бачення альтернативного вирішення спорів, оскільки здійснюється держаними органами та є невід'ємною складовою владної правозастосовної діяльності суб'єктів публічного управління.

«Логічний словник-довідник» альтернативою визначає кожну з двох або декількох можливостей, які виключають одна одну; вибір між цими можливостями [10, с. 33]. Майже всі фахівці, які сьогодні досліджують проблематику медіації, розглядають її як альтернативу судам загальної юрисдикції. На нашу думку, варто підтримати тезу С.С. Сулакшина, який наголошував, що до альтернативного вирішення спорів треба ставитися як до системи, існуючої паралельно з офіційним правосуддям [11, с. 53]. Проте стосовно адміністративних спорів варто брати до уваги існування додаткових державних механізмів, які забезпечують захист прав, свобод та інтересів приватних осіб у цій важливій сфері. Таким чином, вважаємо, під альтернативними формами вирішення правових спорів треба розуміти процедури, які застосовуються поза судовим процесом.

Ще одне питання, яке є важливим для з'ясування сутності несудових способів вирішення спорів, – метод їх вирішення. Не вдаючись детально

до психологічних аспектів характеристики методів вирішення конфліктів, зауважимо, що «вирішення» спору та його «врегулювання» не є тотожними за своїм змістом і відрізняються саме методом. Вирішення спору є ширшим поняттям і включає в себе врегулювання спору. Урегулювання спору доцільно розглядати як один із методів його вирішення поряд із такими, як нав'язування рішення однією стороною іншій стороні, поступка, ліквідація спору [12, с. 13]. Узагальнюючи методи вирішення спору, можна дійти висновку, що залежно від форми взаємодії сторін спору їх можна поділити на дві групи: 1) ті, що формуються на узгодженні позицій сторін; 2) ті, що формуються, виходячи з позиції однієї зі сторін. Таким чином, повертаючись до питання альтернативних способів вирішення спорів, треба відзначити, що більшість дослідників вважає єдиним можливим методом, який у них застосовується, компроміс, тобто узгодження позицій сторін [13, с. 147; 14, с. 29]. Використання альтернативних способів вирішення спорів не спричиняє для сторін негативних наслідків, а навпаки, дозволяє їм зберегти довірчі відносини та продовжити ділове співробітництво в результаті знайденого компромісу [15, с. 34]. У такому випадку більш коректним є використання терміна «альтернативне врегулювання спорів».

Враховуючи викладені вище міркування, можемо зробити висновок, що для первинного усвідомлення сутності способів, альтернативних правосуддю, варто виходити передусім із того, що їхньою головною ознакою є здійснення поза межами судової процесуальної форми. Як вірно відмічає Г.О. Аболонін, до альтернативного вирішення спорів треба ставитися як до системи, існуючої паралельно із системою правосуддя, яка при цьому не замінює його й не конкурує з ним [16, с. 91]. Таким чином, первинний поділ способів, альтернативних правосуддю, може бути здійснено за такими критеріями:

1) за суб'єктом, що здійснює процедуру вирішення спору: а) державні процедури врегулювання спору; б) недержавні процедури врегулювання спору;

2) за методом врегулювання спору: а) примирювальні (компромісні) процедури; б) правовідновлювальні процедури; в) змішані процедури.

Отже, найбільш поширеними методами альтернативного вирішення спорів є переговори (negotiation), посередництво (mediation), арбітраж (arbitration) [17, с. 89]. Поєднання в різних варіантах елементів цих основних видів зумовило виникнення комбінованих методів альтернативного вирішення спорів (міні-суд, посередництво-арбітраж, незалежний висновок експерта тощо).

Переговори як форма вирішення спору, що здійснюється самостійно сторонами без залучення посередника, є первинним способом врегулювання конфлікту, який має використовуватися в кожному випадку виникнення конфліктної ситуації за умови конструктивної налаштованості сторін. У літературі проблематика переговорів як форми вирішення правового спору майже не досліджується. Так, І.Я. Сенюта переговори визначає як процес, за допомогою якого сторони безпосередньо або через своїх представників

намагаються врегулювати суперечку чи домовитися про спільні дії шляхом обговорення й обґрунтування своїх позицій. Цей спосіб дозволяє досягти бажаного результату там, де інтереси не співпадають, думки й погляди різняться. Мета переговорів – прийняття спільних рішень, які сторони вважають найкращими в кожній конкретній ситуації. Кожен учасник переговорів сам вирішує, чи погоджуватись або ні на ту чи іншу пропозицію [18, с. 36]. На відміну від медіації, у переговорах зазвичай беруть участь лише учасники конфлікту без залучення третьої особи. На жаль, часто суб'єктивно сформовані позиції сторін важко змінити у свідомості й у відсотковому відношенні вони не відзначаються високим ступенем результативності.

Під медіацією (посередництвом) розуміють добровільний і конфіденційний процес розв'язання будь-якого спору, у якому нейтральна третя особа допомагає сторонам досягти домовленості (згоди) у їх суперечці шляхом переговорів [18, с. 30]. Особливості процедури медіації полягають у такому: а) участь сторін спору в процесі медіації є добровільною, медіатор вільно обирається сторонами, а кожна сторона має можливість у будь-який момент вийти з процесу; б) у медіації сторони самостійно приймають рішення. Медіатор, на відміну від суду, жодних рішень щодо спірного питання не виносить і не дає жодних рекомендацій; в) медіація – це процес, у якому нічого не вирішується без згоди сторін спору. Під час медіації всі рішення приймаються тільки за взаємною згодою сторін, обидві сторони добровільно беруть на себе обов'язки виконувати прийняті ними рішення. Зрозуміло, що сторони роблять це лише тоді, коли задоволені такими рішеннями. Під час судового розгляду справи діє принцип обов'язковості судового рішення; г) основна мета медіації – пошук порозуміння, тобто за допомогою посередника обговорюються різні варіанти вирішення конфлікту та спільно обирається той із них, який обидві сторони вважатимуть найкращим. Медіація дає можливість зберегти відносини на перспективу; д) ризик медіації є мінімальним, оскільки кожна сторона в будь-який момент може відмовитися від продовження процесу переговорів; е) процес медіації є відносно нетривалим та економічно вигідним для сторін порівняно із судовою процедурою вирішення спору [18, с. 32].

Згідно з твердженням І.І. Присяжнюка, на відміну від України, медіаційна процедура вже понад 20 років ефективно застосовується в таких країнах, як Австрія, Англія, Німеччина, США, Франція. Так, в Англії й багатьох штатах Америки суддя уповноважений зобов'язати сторони брати участь у процесі медіації. У деяких судах США участь сторін у медіації є обов'язковою умовою призначення розгляду спору в суді, якщо медіація виявиться безуспішною [19, с. 65]. Така ж вимога характерна й для судів окремих штатів Канади [20, с. 27].

Нині саме медіація є однією з найбільш цікавих для української правової системи процедур, її ефективність є дуже високою. На державному рівні визнається необхідність розвитку медіації, і перші кроки в напрямі її запровадження вже зроблено. Так, у травні 2006 р. було прийнято

Указ Президента України «Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів». Одним із завдань концепції є «створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів». В Указі як один зі способів врегулювання спорів названа медіація – діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу, та врегулювання спору учасниками самостійно [21].

Варто звернути увагу на те, що процедури посередництва здійснюються як приватними медіаторами на базі відповідних асоціацій, так і офіційними, зокрема судовими установами. Відтак доцільно розмежовувати два різновиди медіації: приватну й судову (квазісудову), а також, виходячи із нашої класифікації, державну й недержавну. Для обох різновидів характерним є те, що процедура передбачає співпрацю третьої сторони та учасників конфлікту з метою допомогти віднайти його взаємовигідне вирішення [6, с. 34]. Мета цього процесу полягає в розв'язанні конфлікту та припиненні суперечки, а проблема не вважається остаточно вичерпаною, доки не буде досягнуто єдиної для обох сторін згоди.

Медіація як будь-яка своєрідна процедура має свої переваги й недоліки порівняно з вирішенням спорів у судовому порядку. Так, до переваг процедури медіації можна віднести такі: 1) вироблення рішення, яке влаштовує обидві сторони спору, у той час як суд виносить рішення, як правило, на користь однієї зі сторін; 2) вважається, що судовий процес посилює конфронтацію між сторонами, оскільки обов'язкове судове рішення на користь однієї зі сторін не залишає шансів для подальшого діалогу. Саме тому медіація в публічно-правовій сфері є свідченням налаштованості влади на співпрацю й компроміс; в) швидкість процедури медіації порівняно із судовим процесом, що є особливо актуальним для України, оскільки, незважаючи на постійне скорочення процесуальних строків, значна кількість спорів розглядається в суді роками; г) фінансова привабливість, проте варто зазначити, що це питання не стоїть достатньо гостро стосовно справ адміністративної юрисдикції, оскільки суми судового збору та значна частка спорів, що звільняються від його сплати, є значно меншими порівняно з іншими країнами світу.

«Слабкі місця» медіації передусім полягають у тому, що така діяльність набагато меншою мірою спрямована на абсолютне відновлення порушеного права й інтересу та захист законних прав особи, оскільки її метою є винайдення рішення через взаємні поступки, інколи навіть у питаннях, що однозначно вирішуються в законодавстві, проте є нереальними за конкретних обставин. Саме тому в багатьох країнах визначаються справи, щодо яких застосування медіації є недоречним. Наприклад, якщо є необхідність забезпечити юридичне обґрунтування вирішення спору по суті, справа потребує публічного оголошення результату для захисту честі, гідності, ділової репутації або передбачає недопущення неправомірних дій у подальшому. Також обмежено застосування медіації щодо справ, пов'язаних із конституційними, кримінальними або адміністративними питаннями

[22, с. 5]. Ці особливості свідчать про те, що процедура медіації максимально ефективно спрацьовує лише за умови достатньо високого рівня правової свідомості суспільства, зняття проблеми корупції й усвідомлення кожною стороною спору важливості будування відносин на паритетних засадах.

Отже, фахівці, які займаються проблемами медіації, на сьогодні виділяють такі види процедури медіації: приватна модель, яка не може реалізовуватися в діяльності юрисдикційних органів, та інтегрована медіація як спеціальна процедура й форма діяльності юрисдикційних органів (судів, нотаріату, судових приставів-виконавців та ін.), спрямована на примирення сторін у межах юридичного процесу [23, с. 52]. Крім того, доводиться необхідність існування комерційної медіації, судової медіації, обов'язкової медіації й інших видів медіації. Н.Л. Бондаренко-Зелінська на основі вивчення досвіду застосування процедури медіації в країнах Заходу також говорить про побудову різних моделей медіації та про розвиток паралельної судової та несудової системи з врегулювання спорів [24, с. 38]. Можна також виділити добровільну (договірну) медіацію й обов'язкову медіацію, професійну та непрофесійну медіацію [25, с. 77].

На думку президента Національної організації медіаторів Ц.А. Шамлікашвілі, сучасне право розвивається в напрямі все більшої гнучкості, надаючи громадянам найбільш адекватні способи захисту прав. Однією з найбільш значущих у цьому сенсі є добре розроблена концепція «співпрацююче право» [26, с. 156]. Л.І. Зайцева вважає, що у світовій практиці існує декілька форм і способів проведення медіації й посередництва, а чинний Закон України «Про медіацію» передбачає тільки найпростішу форму альтернативного врегулювання спорів [27, с. 73]. Це твердження є також актуальним, оскільки розроблені законопроекти майже повністю повторюють чинний закон Російської Федерації [28].

Оскільки законодавство України переважно не націлене на досудове врегулювання соціальних спорів і конфліктів, то їх вирішення переноситься на судові органи, що зумовлює збільшення навантаження на суддів, а це у свою чергу впливає на якість розглянутих справ. Важливим є також те, що розгляд справи в суді є досить витратною для бюджету процедурою. Виникає певна дилема: або збільшити кількість суддів, або формувати законодавство таким чином, щоб виконувати вимоги закону на досудовій стадії, що було б економічно значно вигідніше, ніж виконувати ті ж вимоги закону, проте в примусовому порядку за рішенням суду [29, с. 50].

Сьогодні досудове врегулювання спорів – це не лише перспективна правова новація, а й показник рівня правової культури в суспільстві. Її запровадження дозволить громадянам захищати свої законні права й інтереси альтернативним, проте правовим методом, що стане важливим кроком на шляху утвердження верховенства права й демократизації українського суспільства. Як наголошувалося, медіативні процедури лише починають розвиватися на теренах Україні та, на жаль, суспільство є ще недостатньо обізнаним із перевагами цієї процедури, тому сприймає її з недовірою. У

деяких регіонах нашої країни діють центри медіації. Утворені також всеукраїнські громадські організації: Національна асоціація груп медіаторів України й Український центр порозуміння. Проте кількість звернень до них є незначною [30]. Саме тому судова медіація сьогодні має особливе значення, оскільки виступає своєрідним «містком» між судовим процесом і приватною медіацією.

Специфіка судової медіації в українському судочинстві полягає в тому, що правовий конфлікт переважно вирішується шляхом укладення мирової угоди, що підлягає затвердженню судом. Така процедура за аналогією з Канадою отримала назву «досудове врегулювання спору», хоча однозначної прив'язки до початку судочинства вона не має, а її ініціювання може здійснюватися на будь-якій стадії судового процесу до початку судових дебатів. Незважаючи на понятійну варіативність, досудовий порядок врегулювання спору та претензійний порядок мають багато спільного й однакову мету: врегулювання спору та його припинення. Відповідно, претензійне провадження є різновидом досудового порядку врегулювання спорів [31, с. 27].

Одним зі способів вирішення спорів у публічно-правовій сфері законодавством визначено примирення сторін. Так, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 157 КАС України провадження в адміністративній справі може бути закрите у зв'язку з примиренням сторін. Примиренням буде визнаватися повне або часткове врегулювання спору на основі взаємних поступок. Ці принципи характерні також для досліджуваної нами процедури досудового врегулювання. Проте варто зазначити, що вони мають і суттєві відмінності, оскільки примирення можливе лише в межах судового розгляду публічного спору, у зв'язку із чим не може бути віднесене до позасудових способів вирішення спору. Деякі вчені наголошують на дублюванні процедури досудового врегулювання спору й інституту примирення в адміністративному процесі, проте, на нашу думку, спільність рис не є взаємовиключним фактором, а безпосередня опосередкованість досудового врегулювання спору закріпленням її результатів відповідним рішенням суду є тимчасовим явищем.

Арбітраж є достатньо опрацьованою процедурою як на теоретичному рівні, так і в нормативно-правових актах. Комісією ООН із права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) було прийнято Типовий закон про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ) [32]. Він розроблений з урахуванням практики застосування погоджувальних процедур у різних державах і являє собою звід положень-рекомендацій. Рекомендований він державам для включення його положень до їх національного права. Таке використання Типового закону ЮНСІТРАЛ покликане сприяти однаковості правового регулювання у сфері погоджувальних процедур.

Вважаючи, що медіація може забезпечувати ефективне за витратами та швидке позасудове вирішення спорів за допомогою процедур, що відповідають потребам сторін, Європарламент та Рада Євросоюзу 21 травня 2008 р. прийняли Директиву 2008/52 щодо деяких аспектів медіації в цивільних і комерційних справах (далі – Директива ЄС) [33].

Згідно з Типовим законом ЮНСІТРАЛ під терміном «погоджувальна процедура» розуміється процедура, «яка може називатися погоджувальною, посередницькою або позначатися терміном аналогічного змісту, у межах якої сторони просять третю особу (осіб) («примирителя») посприяти їм у спробі досягти мирного врегулювання їхнього спору, що виник із договірних або інших правовідносин або у зв'язку з ними» (п. 3 ст. 1). Інакше кажучи, погоджувальна процедура – це один із видів примирних процедур, що припускає її здійснення за допомогою третьої особи – примирителя, посередника. На примирні процедури, реалізація яких не передбачає участі третьої особи як посередника, дія Типового закону ЮНСІТРАЛ не поширюється.

Типовий закон ЮНСІТРАЛ і Директива ЄС хоча і є орієнтованими на міжнародні погоджувальні процедури, проте допускають їх застосування державами у своєму законодавстві для регламентації не тільки міжнародної погоджувальної процедури, а й внутрішньої, тобто національної, і не тільки для комерційних спорів, а й для спорів, що виникають з інших правових відносин.

У п. 2 Директиви ЄС зазначається, що вона повинна застосовуватися щодо спорів, що виникають із цивільних і комерційних відносин за винятком прав та обов'язків, рішення за якими сторони не вправі приймати самостійно. Це стосується, зокрема, питань оподаткування, митних та адміністративних питань, а також питань відповідальності держави за дії й упущення в здійсненні державної влади. Директива ЄС під медіацією розуміє будь-який процес незалежно від його позначення, у якому беруть участь дві або більше сторони з метою досягнення угоди про вирішення їх спору, а також незалежно від того, чи був цей процес ініційований сторонами, запропонований або призначений судом чи обов'язково встановлений національним законодавством.

Пункт 9 ст. 1 Типового закону ЮНСІТРАЛ прямо закріплює неможливість його застосування до випадків, коли суддя або арбітр (третейський суддя) у ході судового або третейського розгляду намагається сприяти врегулюванню спору. У Директиві ЄС також наголошується, що вона не застосовується щодо переддоговірних спорів і щодо процедур судового чи арбітражного характеру, як, наприклад, деякі схеми судового примирення, схеми розгляду скарг споживачів тощо. Таким чином, підкреслюється відмінність між заходами щодо примирення сторін, яких зобов'язаний впроваджувати суддя, і посередництвом, здійсненим медіатором. Проте із цього не постає, що суддя не може бути медіатором. Більше того, у Директиві ЄС наголошується, що в тих випадках, коли суддя, відповідно до національного законодавства, може бути медіатором, Директива ЄС повинна діяти також щодо такої медіації, проте суддя не повинен брати участь у судовому розгляді такого спору. Під медіатором Директива ЄС розуміє будь-яку третю особу, залучену до здійснення медіації в ефективний, об'єктивний і компетентний спосіб, незалежно від найменування або професії цієї третьої особи й незалежно від того, яким чином цю третю особу

було залучено або затребувано для проведення медіації (ст. 3). Типовий закон ЮНСІТРАЛ під терміном «примиритель» розуміє особу, яка не володіє повноваженнями виносити обов'язкове для сторін рішення. При цьому згідно зі ст. 12 Типового закону ЮНСІТРАЛ якщо сторони не домовилися про інше, примиритель не може виступати «як арбітр у спорі, який був або є предметом погоджувальної процедури, або в іншому спорі, що виник у зв'язку з тим же договором або правовідносинами» [17].

Типовий закон ЮНСІТРАЛ і Директива ЄС не тільки не заперечують, а будь-яким чином підтримуються, коли суд направляє сторони на медіацію, коли медіація призначається судом, коли національне законодавство пропонує проведення медіації. Більше того, Директива ЄС не перешкоджає національному законодавству передбачати використання медіації як обов'язкової процедури за умови, що таке законодавство не перешкоджає праву сторін на доступ до судової системи [34, с. 49]. У преамбулі Директиви ЄС вказується, що медіація повинна являти собою добровільну процедуру в тому сенсі, що сторони самі несуть відповідальність за проведення цієї процедури й можуть організовувати її відповідно до власних бажань, а також переривати її в будь-який момент. Проте суди, згідно з національним законодавством, повинні мати можливість визначати ліміт часу для проведення процесу медіації.

Відповідно до ст. 11 Типового закону ЮНСІТРАЛ погоджувальна процедура припиняється, якщо:

1) сторони врегулювали суперечку й уклали мирову угоду;

2) примиритель (після консультацій зі сторонами) зробив заяву про те, що подальші зусилля в межах погоджувальної процедури більше себе не виправдовують;

3) сторони зробили заяву, адресувавши її примирителеві, про те, що погоджувальна процедура припиняється;

4) одна зі сторін зробила заяву, направивши її іншій стороні (сторонам) і примирителеві (якщо примирителя уже призначено), про те, що погоджувальна процедура припиняється.

Інакше кажучи, усі підстави для припинення погоджувальної процедури поділяються на дві групи: 1) сторони досягли згоди та врегулювали суперечку; 2) сторони не врегулювали суперечку.

Охарактеризувавши основні способи вирішення спорів, не пов'язані зі здійсненням судочинства, можна зробити висновок, що судові рішення не завжди вирішують спір на рівні людських стосунків, оскільки суди не вдаються до дослідження природи людських конфліктів, впливу тих чи інших обставин на розвиток таких конфліктів, а тому, як правило, вони не мають матеріалу для примирних пропозицій. Ще недавно суди не мали процесуального законодавства, яке регулювало б примирні процедури, тому не намагалися примирити сторони, пояснюючи це тим, що вони повинні самостійно проявити свою диспозитивну волю для примирення [35, с. 48]. Закон не покладає на суд обов'язків щодо примирення сторін, у ході судочинства не береться до уваги те, що сторонам важко поглянути на ситуацію абстраговано та знайти

компроміс у вирішенні спору, оскільки вони не мають досвіду, який дав би їм можливість охопити та проаналізувати всі обставини й докази в їх сукупності з метою отримання самостійного аналітичного результату [36, с. 366]. Водночас саме перед судом (і в цьому полягає його природа) стоїть завдання щодо розсуду сторін, а не простого технічного ухвалення судового рішення, яке в подальшому часто заважає відновленню нормальних стосунків між сусідами, подружжям, батьками й дітьми, між рідними тощо [35, с. 102].

У Рішенні Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. в справі № 15-рп (справа про досудове врегулювання спорів) зазначено, що право на судовий захист не позбавляє суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання спорів. Це може бути передбачено цивільно-правовим договором, коли суб'єкти правовідносин добровільно обирають засіб захисту їхніх прав. Досудове врегулювання спору може мати місце також за волевиявленням кожного з учасників правовідносин і за відсутності в договорі застереження щодо такого врегулювання спору. Таким чином, обрання певного засобу правового захисту, зокрема й досудового врегулювання спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно, виходячи з власних інтересів, його використовує [37].

Впроваджений сьогодні експериментальний проект із досудового врегулювання адміністративних спорів можна розглядати як різновид державної (офіційної) медіації. Водночас його сучасна модель може бути прийнятною тільки як перехідна, оскільки якщо під альтернативою розуміти позасудовий і досудовий способи врегулювання спорів, що не мають ніякого відношення до здійснення правосуддя, тоді не зрозуміло, чому угоду, досягнуту сторонами в результаті процедури досудового врегулювання адміністративно-правового спору, яка повинна бути затверджена судом як мирова угода, відповідно до процесуального законодавства, вважають альтернативою судочинству. Крім того, незрозуміло, як можна вести мову про якість альтернативи адміністративному судочинству, коли досудове врегулювання адміністративно-правового спору відбувається в приміщенні суду, голова суду призначає суддю-медіатора, на суд покладається обов'язок залучення та сповіщення другої сторони. Також виникає питання щодо того, до якого виду соціального регулятора треба тоді віднести зазначені правила та стандарти під час введення обов'язкової медіації для вирішення деяких видів суперечок.

Вважаємо, досудове врегулювання адміністративних спорів має бути абсолютно самостійною відокремленою процедурою, яка не має «прив'язок» до адміністративного судочинства у вигляді відкритого провадження в справі. Досудове врегулювання призупиняється на час здійснення процедури та затвердження угоди про результати досудового врегулювання адміністративно-правового спору відповідним судовим рішенням.

Підсумовуючи, треба зазначити, що впровадження примирних процедур нині є необхідним та обґрунтованим. Застосування в публічно-правовій сфері медіативних процедур є свідченням суттєвих зрушень у правовій свідомості й буде ефективним лише в правовій державі. Безперечно, пряме запозичення досвіду інших країни в Україні не спрацює. Уже розроблені й

опрацьовані процедури мають бути адаптовані до нашої правової системи. Насамперед необхідно сформувати нормативну базу й усунути всі колізії з нормами КАС України. Важливим також є розроблення методичних рекомендацій щодо особливостей проведення медіативних процедур із точки зору психології спілкування, особливостей розкриття змісту наданих доказів, співставлення фактів і певних обставин та їх правових наслідків, які є характерними окремо для спорів, що виникають із публічно-правових відносин. Як справедливо відзначає М.В. Паладій, такий підхід повинен стати ідеологією судової системи, оскільки це надасть можливість зменшити навантаження на суддів, які в такому випадку будуть розглядати лише ті справи, за якими не може бути досягнуто порозуміння [22, с. 7].

Література

1. Большова А.К. Состояние и перспективы сокращения нагрузки на судей / А.К. Большова // Журнал российского права. – 2010. – № 10. – С. 86–92.
2. Чечина Н.А. Гражданский кодекс и гражданское процессуальное законодательство / Н.А. Чечина // Правоведение. –1995. – № 4–5. – С. 73–79.
3. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
4. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.
5. Ткач Г.С. Поняття та природа адміністративно-правового спору / Г.С. Ткач // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2006. – Вип. 43. – С. 153–157.
6. Подковенко Т.О. Медіація як один з альтернативних способів розв'язання юридичних конфліктів / Т.О. Подковенко // Державо і право Серія «Юридичні і політичні науки». – 2009. – Вип. 45. – С. 31–38.
7. Кузьмишин В.М. Перспективи впровадження процедури медіації в адміністративному судочинстві України / В.М. Кузьмишин [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.voas.gov.ua/centr-mediacii/perspektivi-vprovadzhennja-protseduri-mediatsiji-v-administrativnomu-sudochinstvi-ukrajini.
8. Фархтдинов Я.Ф. Альтернативные формы разрешения споров в сфере гражданского и арбитражного судопроизводства / Я.Ф. Фархтдинов // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве : сборник научных трудов / под ред. М.К. Треушникова. – М. : ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. – С. 229.
9. Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.М. Спектор ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2012. – 18 с.
10. Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник / Н.И. Кондаков. – М. : Наука, 1975. – 670 с.
11. Сулакшин С.С. Альтернативные способы разрешения споров между субъектами предпринимательской деятельности / С.С. Сулакшин, Е.Э. Буянова, В.В. Кулаков, М.Ю. Погорелко, Е.С. Сазонова и др. – М. : Научный эксперт, 2013. – 272 с.
12. Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А.А. Брыжинский ; Мордовский государственный университет имени Н.П. Огарева. – Саранск, 2005. – 234 с.
13. Вальц Р. Медиация в нотариальной практике (альтернативные способы разрешения конфликтов) / [Р. Вальц, Б. Вегманн, К.Г. фон Шлиффен и др.] ; отв. ред. Б. Вегманн, К.Г. фон Шлиффен ; пер. с нем. С.С. Трушникова. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 388 с.
14. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 362 с.

15. Кузьмина М.Н. Медиация как альтернативная форма разрешения правовых конфликтов / М.Н. Кузьмина // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов : сборник научных статей / под ред. М.В. Немытиной. – Саратов : СГАП, 2000. – Ч. 2 – С. 86–95.
16. Аболонин Г.О. Посредничество при разрешении споров как альтернатива судебной тяжбе / Г.О. Аболонин // Юрист. – 2001. – № 5. – С. 36-38.
17. Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. : спец. 12.00.03 «Гражданское право и процесс; хозяйственное право» / Е.И. Носырева ; Воронежский государственный университет. – Воронеж, 2001. – 32 с.
18. Способи вирішення публічно-правових спорів з органами влади : [практичний посібник] / Л.Б. Сало, І.Я. Сенюта, Н.Є. Хлібороб, А.М. Школик. – Дрогобич : Коло, 2009. – 112 с.
19. Присяжнюк І.І. Запровадження медіації як форми відновного правосуддя / І.І. Присяжнюк // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – С. 65–69.
20. Аргіс Дж. Довідник з питань врегулювання судових спорів за допомогою судді (для канадських суддів та адвокатів) / Дж. Аргіс [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/10govkpu.pdf.
21. Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 травня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/361/2006.
22. Максудов Р.Р. Институт примирения в уголовном процессе: необходимость и условия развития / Р.Р. Максудов, М.Г. Фармер, А.К. Герасенкова // Правозащитник. – 1998. – № 1. – С. 49–50.
23. Загайнова С.К. О комплексном подходе к развитию медиации в России / С.К. Загайнова // Закон. – 2012. – № 3. – С. 51–56.
24. Бондаренко-Зелінська Н.Л. Медіація: можливість запровадження в цивільному процесі України / Н.Л. Бондаренко-Зелінська // Перспективи застосування альтернативних способів вирішення спорів (ADR) в Україні : матеріали Другого львів. міжнар. форуму (м. Львів, 26–29 травня 2009 р.) / відп. за вип. І.І. Дутка. – Львів : Львів. держ. ін-т новіт. технологій та управління ім. В. Чорновола, 2009. – С. 37–40.
25. Трофимов Я.В. Современное развитие медиации в Российской Федерации: правовые или неправовые принципы составляют ее основу? / Я.В. Трофимов // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5 «Юриспруденция». – 2013. – № 1. – С. 76–80.
26. Шамликашвили Ц.А. Взаимопомогающее право / Ц.А. Шамликашвили // Закон. – 2012. – № 5. – С. 152–159.
27. Зайцева Л.И. Перспективы применения процедуры медиации в арбитражных судах Российской Федерации / Л.И. Зайцева // Закон. – 2012. – № 3. – С. 70–77.
28. Похиленко І.С. Категорії справедливості, добросовісності та розумності у господарському судочинстві / І.С. Похиленко // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 4. – С. 187–190.
29. Братенков С.И. Досудебное урегулирование споров как способ решения проблемы роста нагрузки судей / С.И. Братенков // Российская юстиция. – 2011. – № 10. – С. 49–52.
30. Офіційний сайт Національної асоціації медіаторів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uk-ua.facebook.com/pages/208301659293.
31. Зырянов С.М. Досудебное урегулирование споров в публичном праве / С.М. Зырянов, Е.А. Лебедева, Е.И. Спектор, М.А. Гармаева // Журнал российского права. – 2011. – № 11. – С. 21–33.
32. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре от 19 ноября 2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.
33. Про деякі аспекти медіації у в цивільних і комерційних справах : Директива Європейського парламенту і Ради ЄС від 21 травня 2008 р. № 2008/52 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a95.
34. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж : [учебное пособие] / Е.В. Брунцева. – СПб. : Сентябрь, 2001. – 250 с.
35. Ясинюк М.М. Мирова угода у цивільному судочинстві: історико-правовий аспект та перспективи розвитку / М.М. Ясинюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 5. – С. 46–52.

36. Ракитина Л.Н. Медиация (посредничество). Как урегулировать спор, не обращаясь в суд / Л.Н. Ракитина, О.А. Львова. – М. : Эксмо, 2008. – 511 с.
37. Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 р. № 15-рп [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02.

Анотація

Ківалов С. В. **Сутність та особливості досудового врегулювання адміністративно-правових спорів.** – Стаття.

У статті проаналізовано поняття, сутність та особливості досудового урегулювання адміністративно-правових спорів. Особливу увагу приділено співвідношенню понять «способи, альтернативні правосуддю» й «альтернативне вирішення спорів». Здійснено поділ досудових способів за такими критеріями: 1) за суб'єктом, що здійснює процедуру вирішення спору: а) державні процедури врегулювання спору; б) недержавні процедури врегулювання спору; 2) за методом врегулювання спору: а) примирювальні (компромісні) процедури; б) правовідновлювальні процедури; в) змішані процедури. Визначено, що найбільш поширеними методами досудового вирішення спорів є переговори, посередництво, арбітраж.

Ключові слова: досудове урегулювання, переговори, посередництво, арбітраж, примирювальні процедури, змішані процедури.

Аннотация

Кивалов С. В. **Сущность и особенности досудебного урегулирования административно-правовых споров.** – Статья.

В статье проанализировано понятие, сущность и особенности досудебного урегулирования административно-правовых споров. Особенное внимание уделено соотношению понятий «способы, альтернативные правосудию» и «альтернативное решение споров». Осуществлено деление досудебных способов за такими критериями: 1) за субъектом, который осуществляет процедуру решения спора: а) государственные процедуры урегулирования спора; б) негосударственные процедуры урегулирования спора; 2) за методом урегулирования спора: а) примирительные (компромиссные) процедуры; б) правовосстановительные процедуры; в) смешанные процедуры. Определено, что наиболее распространенными методами досудебного решения споров являются переговоры, посредничество, арбитраж.

Ключевые слова: досудебное урегулирование, переговоры, посредничество, арбитраж, примирительные процедуры, смешанные процедуры.

Summary

Kivalov S. V. **Essence and characteristics of pre-trial settlement of administrative legal disputes.** – Article.

The paper analyzes the concept, essence, and characteristics of pre-trial settlement of administrative legal disputes. Particular attention is paid to the relationship between the concepts "methods alternative to justice" and "alternative dispute resolution". The author carries out the classification of pre-trial methods according to the following criteria: 1) by the entity that carries out the procedure for dispute settlement: a) state dispute settlement procedures; b) non-state dispute settlement procedures; 2) by the method of settlement of the dispute: a) conciliation (compromise) procedures; b) procedures for restoration of rights; c) mixed procedures. It is determined that the most common methods of pre-trial dispute resolution are: negotiation, mediation, arbitration.

Key words: pre-trial settlement, negotiation, mediation, arbitration, conciliation, mixed procedure.

УДК 340.12

В. В. Завальнюк

ПРАВОВИЙ МЕНТАЛІТЕТ ЯК ПІДГРУНТЯ АНТРОПОЛОГІЗАЦІЇ ПРАВА

Національній спільноті притаманні унікальні, властиві лише їй, світосприйняття, мислення, спосіб поведінки, система цінностей, духовна творчість, зумовлені багатьма факторами. Такі характеристики визначаються через поняття ментальності й менталітету, які, на думку А.О. Рубан, слід розрізняти. Ментальність – полісемантичне поняття для визначення рівнів мислення; інтегральна етнопсихологічна ознака індивіда, народу, нації; специфічне відображення дійсності, зумовлене життєдіяльністю нації (етносу) у конкретному географічному, історичному, культурному просторі; властивий певній епосі, культурі, цивілізації, спільності загальний розумовий інструмент, яким індивіди епохи володіють і користуються в неусвідомленій формі. Сутнісною формою вияву ментальності є менталітет – інтегральна ціннісно-мотиваційна характеристика соціальної спільноти; сформована система елементів духовного життя й світосприймання, яка зумовлює відповідні стереотипи поведінки, діяльності, способи життя різноманітних соціальних груп та індивідів; включає сукупність ціннісних, символічних, свідомих чи підсвідомих відчуттів, уявлень, настроїв, поглядів, світобачення. До менталітету належать звички, прагнення, символіка, традиції, інтуїтивне, несвідоме, що існують на рівні несвідомих психічних процесів [1, с. 176]. Лише вся сукупність цих характерних ознак, які відрізняють одну етнокультурну спільноту від інших, що виділяють її у своєрідний макрокосм людських індивідуумів, певне унікальне неповторне співтовариство, може виражатися та найбільш повно характеризуватися на етнокультурному рівні поняттям «менталітет».

Поняття правового менталітету є одним із найскладніших і найменш чітко визначених, хоча й достатньо вивчених на перший погляд [2; 3]. Насамперед не є остаточно визначеним базове поняття «менталітет». У вітчизняній науковій літературі під менталітетом розуміють сукупність уявлень, поглядів, почувань спільноти людей через особливості певної епохи, географічного регіону, соціального середовища; особливий психологічний

© Завальнюк В. В., 2014

склад суспільства, що впливає на історичні й соціальні процеси. Більшість дослідників сходяться на думці, що менталітет – це певна інтегральна характеристика людей, які живуть у конкретній культурі, що дає змогу описувати своєрідність бачення цими людьми оточуючого світу та пояснювати специфіку їх реагування на нього. Етнічні риси менталітету проявляються в домінуючих життєвих настроях людей, у характерних особливостях світовідчуття, світосприймання, у системі моральних вимог, норм, цінностей і принципів виховання, у співвідношенні магічних і технологічних методів впливу на дійсність, у формах взаємин між людьми, у сімейних засадах, у ставленні до природи та праці, в організації побуту, свят, у конкретних актах самоорганізації етносу тощо [1, с. 88].

Структура менталітету в сучасній літературі визначається по-різному: сукупність усвідомлених уявлень, символічних образів і цінностей; колективно-підсвідоме; сфера як свідомого, так і підсвідомого, пов'язаних між собою [4, с. 4]. Зазначимо реалістичність третього підходу до менталітету, адже відокремити раціональний та ірраціональний компоненти свідомості навряд чи можливо.

Щодо визначень власне правового менталітету наведемо два приклади дефініцій, що належать українському й російському дослідникам, які спеціально займаються проблематикою правового менталітету. На думку вітчизняного вченого Ю.М. Дмитрієнка, правовий менталітет – це всезагальна ідейно-світоглядна та нормативно-правова настанова або стереотип правової свідомості, задані з глибокого дитинства, колективний неподільний ідейно-світоглядний і нормативно-правовий образ правового мислення, який має відносну усталеність (за періодів становлення правової свідомості) та абсолютну усталеність (за періодів розвитку правової свідомості), ґрунтується не на критичній нормативній (правовій, моральній, ідеологічній чи законодавчій) рефлексії або спонтанних випадкових правових ідеях, думках, простих темах, а на тому, що конкретно оцінюється, верифікується й розглядається в межах тієї чи іншої корпоративно-правової групи або суспільства як само собою зрозуміле [5].

За визначенням російського дослідника Д.В. Меняйла, правовий менталітет – це історично складені специфічні, найбільш типові та стійкі для певної соціальної або національно-етнічної спільноти системи світоглядних уявлень, оцінювань і реагувань на об'єкти державно-правової дійсності [6, с. 6].

Зазначимо спільне в цих визначеннях: вказівки на стереотипність, усталеність та історичне коріння правового менталітету. Із цим можна погодитись. Однак сумнівним постає твердження Ю.М. Дмитрієнка, що правовий менталітет вирізняється відсутністю критичної рефлексії. Вважаємо, що без критичного компонента кожне судження (а правовий менталітет є сукупністю суджень, хоча, можливо, і хибних, нечітко сформульованих) є незавершеним. Що стосується позиції Д.В. Меняйла, то вважаємо, що включення до правового менталітету оцінок державної, а не лише правової дійсності є неправильним. Адже між цими двома соціальними інститутами є велика відмінність, і може бути абсолютно протилежне ставлення. На-

приклад, апологізація й навіть піднесення держави можуть поєднуватися з правовим нігілізмом.

Наведемо також багатофакторний вплив на формування правового менталітету. Так, Д.В. Меняйло вказує, що на російський правовий менталітет вплинули географічне розташування, масштаби й рівень заселення території держави, багатонаціональність, природно-кліматичні умови, релігія, війни, освіта, менталітет етносів та епохальний менталітет [6, с. 7].

Зрештою відзначимо, що правовий менталітет охоплює стереотипи правової свідомості, які властиві не індивіду, а виключно великій соціальній групі. Щодо індивіда, за визначенням А.О. Рубан, більш прийнятним є термін «ментальність» [1, с. 176].

З огляду на наведені дефініції поняття «правовий менталітет» будемо користуватися таким його розумінням: правовий менталітет – це визначені природними, історичними й соціальними умовами буття відносно стійкі уявлення про правову дійсність та стереотипи правової поведінки, властиві соціальним спільнотам різного рівня й походження (тобто можна говорити про правовий менталітет етносів, професійних і вікових груп населення, територіальних громад тощо).

Постулати антропоцентричного сприйняття навколишнього світу були близькими й природними для українського народу, чим саме пояснюється їх утвердження в суспільній думці протягом багатьох століть.

Демократичному характеру українців, на думку М.І. Костомарова, властиве розуміння переваги особистості над общинністю, цінування особистісної свободи навіть у крайньому її вияві – сваволі, що є причиною непостійності, невиразності мети й форм життя, поривчастості, прагнення до створення чогось та водночас до знищення створеного; із цього ж постає відсутність прагнення до панування над іншими народами. Ці риси мали також негативний сенс, оскільки визначили насамперед небажання й невміння українців підкоритися єдиній, чітко визначеній меті; спричинили відсутність цілеспрямованого розрахунку та, відповідно, нездатність організовувати й утримувати владу як основу державності. Усвідомлення повноцінності особистості та безумовності її свободи визначили особливе – поетичне, духовне – ставлення українців до Бога. Характер українців формувався, як це довів М.І. Костомаров, насамперед у просторі особистого, «свого» життєвого світу [7, с. 93]. Особливу роль у цьому відіграє «хата», що уособлює «своє», власну родину й господарство, відокремлений простір, у якому можна відгородитися від «чужого», «ворожого». Вважаємо, що в цьому менталітет українства на теренах Європи є подібним хіба що англійцям, для яких їхня домівка є фортецею.

Побудові національного антропологічного світосприйняття сприяла низка інших чинників, які можна поділити на такі групи: геопсихічні (вплив підсоння, краєвиду й характеру природи на українців як цілості), історичні (спільність історичної долі народу, який живе «на межі»), соціопсихічні (соціальна структура українського суспільства з перевагою селянства), культуроморфічні (належність української культури до європейської культури,

периферійний характер цієї належності), глибинно-психічні (комплекс меншовартості, окремі архетипи в колективному підсвідомому) [8, с. 66].

На сучасному етапі розвитку незалежної України проблема формування національної свідомості шляхом реконструкції рис етнічного менталітету стоїть у центрі уваги суспільства. Українці як етнос протягом століть характеризуються відносно стабільними рисами психічного складу та достатньо розгалуженою субетнічною структурою, що свідчить про життєздатність етнічної системи. Очевидно, що менталітет українського етносу є сформованим історично не на деструктивних, а на конструктивних духовно-творчих джерелах, на силі гуманізму, життєлюбства, життєпримирення з представниками інших етносів у межах своєї території. Указані риси українського менталітету яскраво ілюструють, що антропологічні погляди на буття права є природними, близькими для українців, тому сприйняття дійсності крізь призму антропологічних міркувань є природним також для сучасної правової української системи.

Основу менталітету українського етносу склали такі основні ідеї: безкінечність і незмірність світу; вічна змінюваність життя; людина в центрі світобудови; природа як матір; земля – наша годувальниця; хліб – усьому голова; свобода – найбільша цінність для людини; кожна людина має жити за правдою тощо. У ході досліджень ученими було виділено такі системотвірні ознаки менталітету українського народу:

– інтровертивність вищих психічних функцій у сприйнятті дійсності, що виявляється в зосередженості особи на фактах і проблемах внутрішнього, особистісно-індивідуального світу;

– кардіоцентричність, що проявляється в сентименталізмі, чутливості, любові до природи, яскраво відображених у пісенному фольклорі;

– анархічний індивідуалізм, партикулярне прагнення до особистої свободи без належного прагнення до державності, коли бракує ясних цілей, дисциплінованості й організованості;

– перевага емоційного, чуттєвого над волею та інтелектом [9].

Подекуди вчені поряд із вищевказаними рисами називають також провінційність («хуторянство») та консерватизм як типові риси українського етносу [10, с. 94].

Слушною видається думка С.У. Гончаренка, який вважає, що менталітет українського народу має такі основні риси, як волелюбність, індивідуалізм, прагнення соціальної рівності, демократизм, духовний аристократизм, оптимізм, філософічність душі, глибока релігійність, милосердя, миролюбність, щирість і душевна щедрість, працелюбність [11, с. 204].

Водночас майже всі дослідники минулого (М.І. Костомаров, В.К. Липинський, В.К. Винниченко) відзначали таку, здавалося б, протилежну антропоцентризму характерну рису українців, як індивідуалізм, що набуває крайніх форм асоціального егоцентризму. Він проявляється в схильності до непокори, в анархічному індивідуалізмі з його проявами в різних формах опосередкованого потягу до особистої свободи, з відсутністю організації, стійкості й дисципліни. Ця риса є небезпечною для побудови державнос-

ті. Зосередженість на проблемах внутрішнього особисто-індивідуального світу призвела до переваги власних інтересів над громадськими – постійної соціальної конфронтації, неможливості дійти злагоди навіть у дуже відповідальні, переломні моменти. Серед негативних рис національного характеру визначають також взаємне непорозуміння, неузгодженість між словом і ділом, відсутність хибкої визначеності, соціальну відмежованість, мрійливість, імпульсивність.

Компромісним варіантом між егоцентризмом і формами колективної взаємодії є любов до свободи й гуманізм, який визначає лише такі способи соціальної організації, які ґрунтуються на принципах добровільності та ні в чому не обмежують свободу волі. Сильний вольовий елемент ментальності українців зумовив появу інституту козацтва. Проте багато дослідників українського етносу наголошують на недостатньо розвинутій соціальній волі. Перевага емоційності, споглядальності, мрійливості над волею в характері українця часто призводить до того, що поставлені цілі не досягаються або реалізуються не так, як було задумано. Неадекватність вольової регуляції відображається також в упертості, яка проявляється в прагненні діяти по-своєму, усупереч розумним доказам чи порадам [12, с. 94].

Менталітет українства значною мірою зумовлений фронтиром – межею різних землеробських і скотарських культур, що проходила українськими землями, а також межею різних християнських конфесій. Постійна загроза існуванню, відчуженість від усіх матеріальних цінностей суспільства за умов феодальних відносин, невпевненість у завтрашньому дні, породжена соціальним і національним безправ'ям, виробили в українців риси безкорисливості, певною мірою аскетичне ставлення до земних благ, відчуття якоїсь неповноцінності. Цей психологічний настрій підвладний християнським ідеям покірності, щедрості, милосердя, терплячості, скромності.

Демократизм сумісного співжиття українців зумовив те, що кожен із них є самостійним господарем, людиною незалежною. Натомість характер суспільних відносин спричинив у них індивідуалістичну зорієнтованість. Однак українець, навіть будучи інтровертом, індивідуалістом за своїм характером, залишається людиною доброю й милосердною, зберігає співчуття до знедолених, скривджених. Останнє зумовлюється насамперед ототожненням ним себе з іншими людьми, віднайденням у них свого «Я». Саме тому українцю близька християнська заповідь любити ближнього свого як самого себе [13, с. 377].

Українець – індивідуаліст, проте індивідуалізм його не однозначний. Ще російський історіософ К.Д. Кавелін, порівнюючи менталітет росіян та українців, майже одночасно з М.І. Костомаровим наголошував, що «індивідуальність «малоросіян» сильно розвинута внаслідок їх історії та порівняно вищого ступеня культури», тоді як у «великоросів» «індивідуальність не мала простору, реалізації особистості зовсім не було». К.Д. Кавелін бачив в особистості, яка «усвідомлює свою безконечну, безумовну гідність», яка складає «необхідну умову будь-якого духовного розвитку народу» [14, с. 22], основу європейського розвитку, прафеномен європейського життя.

Незважаючи на популярність тематики правового менталітету, у науковому середовищі не вироблено методологію його дослідження. Глибинні, найбільш усталені компоненти правового менталітету можна (і потрібно) досліджувати на основі ідіоматики та фольклору, як це й роблять дослідники [15]. Наприклад, українські прислів'я показують, що українці, з одного боку, одвічно прагнули до справедливості, а з іншого – розуміли величезну різницю між правом і законом («Не все так робиться, як у параграфі написано»). Ще більш виразним є розуміння відмінності між правом і його застосуванням («В суді правди не шукають»), залежності правозастосування від корупції («Де гроші судять, там право в куті»).

Проте навіть розуміючи, що юридичні прислів'я – це вказівні пальці юриспруденції, сучасний «свіжий» зріз правового менталітету (за словами В.М. Тертишника), вважаємо, що вони потребують іншого об'єкта дослідження. На нашу думку, ним можуть стати результати соціологічних опитувань, хоча й цей ресурс є доволі обмеженим. Показово, що більшість українських соціологічних інституцій не проводять цілеспрямовані дослідження правового менталітету українського суспільства та окремих його груп. Це знову підтверджує наявність потужного шару правового нігілізму навіть у середовищі наукової еліти країни, не кажучи вже про політичну. Водночас окремі тематичні опитування дають можливість оцінити певні ментальні характеристики правового життя сучасної України. Зазначимо, що насамперед є можливість оцінити критично-раціональний аспект правового менталітету. Про зростання правових знань, способів захисту своїх прав, на нашу думку, свідчить також невтішна статистика звернень українців до Європейського суду із захисту прав людини: наша країна посідає за цим показником «почесне» п'яте місце.

Отже, національний характер українського народу є благодатним ґрунтом для закладення основ національної юридичної антропології. Антропоцентричне розуміння правової реальності є близьким і природним для українського народу.

Література

1. Рубан А.О. Світоглядні особливості українського національного характеру (філософсько-антропологічний аналіз) : дис. ... канд. філос. наук : спец. 09.00.04 «Філософська антропологія; філософія культури» / А.О. Рубан ; Нац. пед.. ун-т ім. М.П. Драгоманова. – К., 2008. – 200 с.
2. Савчин Г.Я. Визначення поняття «правовий менталітет»: міждисциплінарний підхід / Г.Я. Савчин // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 3. – С. 1–7.
3. Мордовцев А.Ю. Правовий менталітет як типізація російського права / А.Ю. Мордовцев // Порівняльно-правові дослідження. – 2007. – № 1–2. – С. 169–173.
4. Терент'єва О.Л. Менталітет як чинник розвитку державотворення в Україні : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / О.Л. Терент'єва ; Харківський регіональний ін-т держ. упр. – Х., 2010. – 18 с.
5. Дмитрієнко Ю.М. Становлення і розвиток української правової свідомості: ментальні та ідеологічні права її суб'єктів в аспекті української правової ментальності / Ю.М. Дмитрієнко // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 244–252. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11djmupm.pdf.

6. Меняйло Д.В. Правовой менталитет : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Д.В. Меняйло ; Волгоградская академия МВД России. – Волгоград, 2003. – 23 с.
7. Костомаров Н.И. Две русские народности / Н.И. Костомаров. – К. ; Х. : Майдан, 1991. – 72 с.
8. Пірен М.І. Основи етнопсихології : [підручник] / М.І. Пірен. – К. : Інститут психології ім. Г.С. Костюка, 1997. – 389 с.
9. Дем'яненко В.М. Ментальні характеристики політичної свідомості українців / В.М. Дем'яненко // Людина і політика. – 2001. – № 1. – С. 93–100.
10. Донченко О.О. Архетипи соціального життя і політика / О.О. Донченко, Ю.В. Романенко. – К. : Либідь, 2001. – 334 с.
11. Гончаренко С.У. Український педагогічний словник / С.У. Гончаренко. – К. : Либідь, 1997. – 376 с.
12. Кримський С.Б. Архетипи української культури / С.Б. Кримський // Феномен української культури: методологічні засади осмислення / за ред. В.І. Шинкарука, Є.К. Бистрицького. – К. : Фенікс, 1996. – С. 90–120.
13. Колодний А.М. Релігійні вияви національного буття українців / А.М. Колодний // Феномен української культури: методологічні засади осмислення / за ред. В.І. Шинкарука, Є.К. Бистрицького. – К. : Фенікс, 1996. – С. 373–384.
14. Кавелин К.Д. Наш умственный строй: статьи по философии русской истории и культуры / К.Д. Кавелин ; сост. В.К. Контора. – М. : Правда, 1989. – 654 с.
15. Тертишник В.М. Юридичні прислів'я – вказівні пальці юриспруденції / В.М. Тертишник // Юридичний журнал. – 2005. – № 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1686.

Анотація

Завальнюк В. В. **Правовий менталітет як підгрунтя антропологізації права.** – Стаття.

Тема правового менталітету – це тема національної самосвідомості й самовизначення людини, а сенс цієї категорії полягає в тому, що вона насамперед не фіксує позитивно-правове явище, а становить форму самосвідомості народу (як і усвідомлення історичної долі цього народу з точки зору інших культур). Національний характер тотожний зі своєрідним способом життя, комплексом культурних цінностей, правилами поведінки та системою інституцій, притаманних певному народу.

Ключові слова: менталітет, антропологія права, права людини, держава.

Аннотация

Завальнюк В. В. **Правовой менталитет как основа антропологизации права.** – Статья.

Тема правового менталитета – это тема национального самосознания и самоопределения человека, а смысл этой категории заключается в том, что она прежде всего не фиксирует позитивно-правовое явление, а составляет форму самосознания народа (как и осознание исторической судьбы этого народа с точки зрения других культур). Национальный характер тождественен своеобразному образу жизни, комплексу культурных ценностей, правилам поведения и системе институтов, присущих определенному народу.

Ключевые слова: менталитет, антропология права, права человека, государство.

Summary

Zavalniuk V. V. **Legal anthropologization mentality as the basis of law.** – Article.

Topic legal mentality – is a topic of national identity and self-determination rights, and the meaning of this category is that it fixes, primarily, but not positive-legal phenomenon, and is a form of self-consciousness of the people (as well as the awareness of the historical destiny of the people with the perspective of other cultures). National character is identical to the original way of life, a complex of cultural values, rules of conduct and the system of institutions specific to certain people.

Key words: mentality, anthropology of law, human rights, state.

УДК 3434.351:343.9

В. В. Чернєй

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ З ІНШИМИ СУБ'ЄКТАМИ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ НА РИНКУ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

Актуальність теми. До небанківських фінансових установ в Україні, відповідно до законодавства, належать кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи недержавного пенсійного забезпечення, інститути спільного інвестування (корпоративні й пайові інвестиційні фонди), а також інші юридичні особи, винятковим видом діяльності яких є надання фінансових послуг [1, ст. 1]. Результати аналізу річних статистичних звітів свідчать про тенденції розвитку всіх сегментів небанківського фінансового ринку (станом на грудень 2014 р. активи небанківського фінансового сектора України становили понад 100 млрд грн) [2].

У загальній структурі економічної злочинності частка виявлених щороку злочинів у сфері діяльності небанківських фінансових установ зазвичай не перевищує 2%, проте викриті правоохоронними органами схеми заволодіння коштами громадян організованими групами та злочинними організаціями шахраїв викликають особливе занепокоєння своїми наслідками. На контролі керівництва Міністерства внутрішніх справ України станом на грудень 2014 р. перебувало понад 300 резонансних кримінальних проваджень, у яких сукупні збитки складають понад 1 млрд грн (реально відшкодовано не більше чверті). Фінансові афери все більш орієнтовані на використання телекомунікаційних технологій, зокрема, у сегментах організації багаторівневого маркетингу, кредитування, житлового будівництва та страхування. Поширенню масштабів шахрайських операцій значною мірою сприяє зростання рівня професіоналізму злочинців, використання ними суб'єктів господарювання з офшорним статусом, заплутаних схем легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Злочинні наміри ретельно приховуються за допомогою укладання фіктивних угод, навмисного доведення компаній до неспроможності, багаторазових їх реорганізацій, використання підроблених документів, втручання в роботу

© Чернєй В. В., 2014

державних автоматизованих систем і мереж, а також різних схем конвертації й переказу коштів на закордонні банківські рахунки.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що запобігання економічним злочинам забезпечують не лише правоохоронні органи, а й низка інших державних органів і громадських організацій [3]. Згідно із законодавством до системи державних правоохоронних органів, на які покладається протидія економічній злочинності, належать, по-перше, спеціальні державні органи, на яких безпосередньо покладається боротьба з економічною злочинністю (підрозділи Міністерства внутрішніх справ України, податкової міліції Державної фіскальної служби України, Служби безпеки України), по-друге, державні органи, які реалізують окремі повноваження з боротьби зі злочинністю в межах виконання покладених на них основних функцій. До них належать органи прокуратури України; органи й установи виконання покарань Державної пенітенціарної служби України; Національна служба фінансового моніторингу України; підрозділи Державної прикордонної служби України; державні фінансові регулятори (Національний банк України, Нацкомфінпослуг України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку); державні контролюючі органи й установи, що належать до структури Державної фіскальної служби України, Державної фінансової інспекції України (включаючи відомчі ревізійні підрозділи центральних органів виконавчої влади), Антимонопольного комітету України, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, Міністерства закордонних справ України, Міністерства аграрної політики та продовольства України, Державної служби статистики України та деяких інших центральних і місцевих органів виконавчої влади.

Правовідносини між суб'єктами запобігання злочинам у сфері діяльності небанківських фінансових установ, до яких належать як згадані державні інституції з повноваженнями регулятивного та правоохоронного характеру, так і недержавні суб'єкти, що характеризуються наявністю різноманітних зв'язків. Специфіка взаємодії суб'єктів правоохоронної діяльності обумовлюється тим, що поряд із традиційними «постачальниками» кримінальних проваджень, якими є оперативні служби МВС України, діють також утворені вже за часів незалежності підрозділи з боротьби з організованою злочинністю, кіберзлочинністю, податковими злочинами, що уповноважені здійснювати як гласні, так і негласні оперативно-розшукові заходи (слідчі дії). Зазначене кардинально впливає на структуру, організацію, напрями й суб'єктів запобігання злочинам і форми їх як офіційної, так і конспіративної співпраці на всіх етапах такої діяльності.

Одним із головних суб'єктів взаємодії під час виявлення та припинення злочинів у сфері діяльності небанківських фінансових установ є Держфінінспекція України, до складу якої належать її територіальні органи – державні фінансові інспекції в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, районах, містах або міжрайонні, об'єднані в районах і містах державні фінансові інспекції, головні державні фінансові інспектори в районах і містах.

Відповідно до пп. «г» п. 3 ст. 5 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» Держфінінспекція належить до державних органів, які беруть участь у боротьбі з організованою злочинністю. Згідно зі ст. 18 цього закону органи Держфінінспекції з метою боротьби з організованою злочинністю під час здійснення в межах своєї компетенції контрольних функцій зобов'язані з'ясовувати неправомірні дії організацій і громадян, що можуть свідчити про злочинну діяльність або створювати умови для такої діяльності; передавати відповідним спеціальним органам з боротьби з організованою злочинністю одержувану під час здійснення контрольних функцій та аналізу інформацію, що надходить, відомості, що можуть свідчити про організовану злочинну діяльність і використовуватися для виявлення, припинення й попередження такої діяльності; за дорученням спеціальних органів із боротьби з організованою злочинністю проводити в межах своєї компетенції ревізії, перевірки й інші дії щодо контролю за дотриманням законодавства України організаціями та громадянами [4].

Як бачимо, регулятивне законодавство не регламентує порядок взаємодії органів Держфінінспекції з правоохоронними органами, а згадує лише засади співпраці відповідних служб (у ст. 7 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» закріплено, що орган державного фінансового контролю координує свою діяльність з органами місцевого самоврядування й органами виконавчої влади, фінансовими органами, органами доходів і зборів, іншими контролюючими органами, органами прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки) [5], що переконує у відсутності комплексного підходу до законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності принаймні в цьому сегменті фінансової системи.

За звичною сьогодні практикою правоохоронні органи не вважають передані їм матеріали ревізій і перевірок, що містять ознаки кримінальних правопорушень, відповідними повідомленнями, у зв'язку із чим застосовується малоефективна процедура взаємозвірок за переданими матеріалами. Як наслідок, гається час і втрачаються докази протиправної діяльності.

Крім того, відповідно до п. 2 ч. 14 ст. 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» службові особи органу державного фінансового контролю вправі почати ревізію за наявності підстав для її проведення та за умови надання посадовим особам підконтрольних установ, іншим суб'єктам господарської діяльності (під розписку) копії рішення суду про дозвіл на проведення позапланової виїзної ревізії, у якій зазначаються підстави проведення такої ревізії, дата її початку й дата закінчення, а в разі проведення ревізії щодо суб'єктів господарської діяльності, не віднесених законом до підконтрольних установ, зазначається також номер кримінального провадження, орган, що здійснює досудове розслідування, дата та підстави повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Ненадання цих документів посадовим особам підконтрольних установ та інших суб'єктів господарської діяльності або їх надання з порушенням встановлених до них вимог є підставою для недопущення посадових осіб органу державного фінансового контролю до про-

ведення ревізії. таким чином, у разі звернення слідчого з клопотанням до органів державного фінансового контролю про проведення ревізії підконтрольних установ та інших суб'єктів господарської діяльності в кримінальних провадженнях, у яких особі не повідомлено про підозру, зазначені органи відмовляють у задоволенні такого клопотання. Зважаючи на викладене, вважається за доцільне внести зміни до Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», якими дозволити проведення ревізій без зазначення в клопотанні дати й підстав повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Вивчення практики правоохоронних органів за останнє десятиліття показує, що зазвичай у запобіганні злочинам проти власності у сфері господарської діяльності та деяких інших сферах, що пов'язані з інтересами суб'єктів господарювання, беруть участь працівники служб безпеки відповідних установ, хоча функцію виявлення та припинення ними кримінальних правопорушень (як самостійно, так і у взаємодії з правоохоронними органами) законодавчо не регламентовано (закріплено лише обов'язок фінансових установ захищати безпеку зберігання коштів клієнтів).

Така правова невизначеність, на нашу думку, потребує врегулювання як на законодавчому рівні шляхом прийняття довгоочікуваного Закону України «Про приватну детективну (розшукову) діяльність», проект якого розроблений [6], внесення відповідних змін і доповнень до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), Закону України «Про банки і банківську діяльність», так і на підзаконному рівні шляхом розроблення й прийняття за участю Нацкомфінпослуг, МВС України, Генеральної прокуратури України й інших зацікавлених відомств міжвідомчої інструкції з питань організації взаємодії у сфері забезпечення безпеки на господарському та фінансовому ринках [7, с. 146].

Стримування активності правоохоронних органів щодо виявлення ознак злочинів проти власності у сфері господарської й службової діяльності нерідко пояснюється частковою відмовою законодавця від принципу публічності під час здійснення кримінального переслідування за вчинення окремих із них (декриміналізації), зокрема збільшенням кримінальних правопорушень, за якими кримінальне провадження розпочинається лише на підставі заяви потерпілого (п. 1 ч. 1 ст. 477 КПК України), у тому числі передбачених ст. ст. 231, 232, 361, ч. 1 ст. 362, 364-1, 3651 Кримінального кодексу України (далі – КК) України, а також ст. ст. 185, 190, 191 (крім вчинених організованою групою) і 357 КК України, вчинених особою, яка щодо потерпілого була найманим працівником і завдала шкоду винятково власності потерпілого. Таке право суб'єктів господарювання ініціювати початок кримінального провадження правоохоронні органи сприймають як покладання основної відповідальності за виявлення зазначених злочинних посягань на саму установу (працівників її підрозділу безпеки).

Отже, більшість завдань стосовно виявлення й документування ненасильницьких злочинів, які посягають на інтереси юридичних осіб приватного права, належить до сфери відповідальності недержавних служб безпеки.

Вивчення «внутрішніх» інструкцій деяких страхових компаній і кредитних спілок свідчить про те, що більшість із них встановлює такі нормативно закріплені обов'язки служб безпеки: виявлення ознак підготовлюваних і вчинюваних злочинних посягань на інтереси фінансової установи та вжиття заходів щодо їх попередження й припинення; підготовка матеріалів для правоохоронних органів для вирішення питання про початок кримінального провадження; участь у досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень; направлення правоохоронним органам інформації, що стосується розслідування; ужиття в межах компетенції заходів щодо відшкодування завданих збитків тощо [8, с. 334–336].

Працівників служб безпеки уповноважено здійснювати розшукову діяльність; брати участь у планових і позапланових внутрішніх перевірках діяльності підрозділів фінансової установи, що проводять із застосуванням адміністративного й фінансового контролю; проводити внутрішні (службові) розслідування за фактами заподіяння шкоди власності й порядку функціонування установи; організовувати взаємодію з правоохоронними органами, сприяти їм у проведенні передбачених законом заходів процесуального, розшукового й організаційного характеру; здійснювати заходи щодо попередження злочинних посягань на інтереси установи тощо.

Як показали результати проведених нами досліджень, за правильної організації діяльності служби безпеки більшість потенційних «зовнішніх» злочинних посягань на інтереси небанківських фінансових установ або їх клієнтів виявляють і припиняють на основі первинних ділових контактів із клієнтами. Відповідальні за безпеку працівники в цій роботі зазвичай керуються внутрішніми нормативними актами (інструкціями), а також власними методичними розробками з узагальненням типових ознак підготовки та вчинення певних правопорушень.

Уявити роль і місце служби безпеки небанківської фінансової установи як юридичної особи приватного права можна за допомогою вивчення такої їх функції, як проведення внутрішніх розслідувань за фактами заподіяння шкоди майну або виявленими порушеннями порядку здійснення певних фінансово-господарських операцій кимось із персоналу. За своїм характером така діяльність підпорядковується інтересам забезпечення безпеки приватної структури (підставою для проведення внутрішнього розслідування вважаються відомості про факт заподіяння шкоди установі або порушення правил внутрішнього розпорядку, що можуть спричинити заподіяння шкоди).

Виявлення ж ознак злочинів, які не торкаються інтересів установи, не обов'язково спричиняє певне реагування. Результати внутрішніх розслідувань можна розцінювати як підставу для початку кримінального провадження та використовуватися під час доказування як на стадії досудового розслідування, так і під час судового розгляду. Проте в певних випадках вони мають інше правове значення. Зокрема, на підставі таких матеріалів можливе прийняття рішень про закриття кримінального провадження, застосування до винуватої особи заходів дисциплінарної й матеріальної відповідальності.

Підставою ж для проведення внутрішнього розслідування є виявлені керівництвом юридичної особи відомості про факти заподіяння шкоди або порушення внутрішніх правил, що можуть спричинити заподіяння шкоди. Вони зазвичай містяться в службових записках керівників структурних підрозділів, повідомленнях контролюючих і правоохоронних органів, зверненнях клієнтів та інших осіб. Під час розслідування встановлюється, чи дійсно мала місце подія, про яку йдеться в первинному зверненні, за яких обставин (де, коли) вона трапилася; наявність негативних наслідків події, характер і розмір завданої шкоди, а також наявність причинного зв'язку між проступком (діями чи бездіяльністю) конкретної особи (осіб) і наслідками події; причини й умови, що сприяли події.

З метою проведення кваліфікованого розслідування співробітники юридичних осіб приватного права уповноважені запрошувати для бесіди працівників із числа персоналу організації, а також інших громадян (за їх згодою); одержувати від них письмові пояснення за фактами, що стосуються розслідування; з дозволу керівника, який призначив розслідування, знайомитися зі службовою документацією, що стосуються розслідування, за необхідності долучати зазначені документи або їх копії до матеріалів перевірок; одержувати в установленому порядку консультації у фахівців (експертів) із питань, що потребують спеціальних знань; оглядати предмети, документи, вироби, ділянки місцевості; застосовувати для пошуку й фіксації інформації, що має значення для розслідування.

Не менш важливим вважаємо взаємодію правоохоронних органів із контролюючими підрозділами Національного банку України. Відповідно до законів України «Про банки і банківську діяльність», «Про Національний банк України» Нацбанк виконує контрольно-наглядові функції щодо діяльності комерційних банків. Під час проведення перевірок службою банківського нагляду виявляються факти шахрайств і розкрадань, а також попереджається відмивання грошей через банківську систему. Якщо під час інспектування банків і банківських установ буде виявлено факти, що можуть свідчити про злочинну діяльність фізичних або юридичних осіб – клієнтів банку та працівників банку, інспектор зобов'язаний скласти письмову довідку, яку негайно передає керівникові інспекторської групи. При цьому члени інспекторської бригади не повинні ознайомлювати з такими матеріалами керівництво банку або його працівників. Крім того, вони повинні вжити заходів щодо збереження конфіденційності інформації. Після розгляду довідки керівництво інспекторської групи готує повідомлення, у якому зазначаються факти, що можуть свідчити про злочинну діяльність, та надсилає його відповідним правоохоронним органам за територіальною належністю, а копію направляє відповідному прокурору, який здійснює загальний нагляд [9, с. 12].

Висновки. Таким чином, виокремлено шляхи підвищення ефективності взаємодії правоохоронних органів із контролюючими підрозділами Держфінінспекції, які здійснюють планові й позапланові перевірки порядку проведення фінансових операцій. Беручи до уваги процес реформування

органів кримінальної юстиції, вважаємо за необхідне ініціювати створення міжвідомчої робочої групи (із залученням представників Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, податкової міліції, Генеральної прокуратури України, Нацкомфінпослуг, НФУ) для моніторингу оперативної обстановки на ринку небанківських фінансових послуг і розроблення проекту міжвідомчої інструкції з питань взаємодії у сфері забезпечення безпеки на фінансових ринках, запровадження спрощених процедур оперативного обміну інформацією щодо сумнівних або з ознаками правопорушень фінансових операцій, у тому числі з метою встановлення коштів і майна, одержаних злочинним шляхом, ідентифікації осіб, причетних до їх проведення.

Як свідчить практика у сфері запобігання злочинам, які посягають на інтереси юридичних осіб приватного права, поряд з оперативно-розшуковою та профілактичною діяльністю державних правоохоронних органів здійснюється також недержавне (внутрішнє) розслідування службами безпеки фінансових установ, що нерідко виявляється більш ефективним. Суб'єктами такого розслідування є уповноважені працівники служб безпеки юридичних осіб (приватні детективні структури), що застосовують із метою виявлення, документування та попередження злочинів засоби й методи правоохоронної діяльності. Вивчення особливостей діяльності служб безпеки низки юридичних осіб недержавного сектору господарювання дає змогу дійти висновку про недостатнє правове регулювання, методичне й наукове забезпечення зазначеної їхньої діяльності. Відтак до пріоритетних напрямів удосконалення загальних правових засад участі служб безпеки в запобіганні економічним злочинам належать такі: по-перше, внесення змін і доповнень до основ державної політики (стратегії) боротьби зі злочинністю, що закріплювали б принципи й форми участі в цій роботі недержавних, у тому числі приватних, структур, до яких належать служби безпеки юридичних осіб приватного права; по-друге, прийняття Закону України «Про приватну детективну (розшукову) діяльність», що передбачав би регламентацію питань виявлення та непроцесуального розслідування й попередження злочинів приватними детективними й охоронними службами; по-третє, визначення принципів і форм взаємодії служб внутрішньої безпеки й державних правоохоронних органів із розробки та прийняття відповідної міжвідомчої інструкції.

Література

1. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2664-14/conv/page1.
2. Результати діяльності небанківських фінансових установ в Україні за 2014 р. – К. : Нацкомфінпослуг, 2015. – 49 с.
3. Тацій В.Я Боротьба зі злочинністю у сфері економічних відносин як вирішальний напрям діяльності правоохоронних органів / В.Я. Тацій // Вісник прокуратури. – 2002. – № 1. – С. 13–18.
4. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30 червня 1993 р. № 3341-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 358.

5. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 26 січня 1993 р. № 2939-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 13. – Ст. 110.
6. Про приватну детективну (розшукову) діяльність : проект Закону України від 12 квітня 2010 р. № 6288 (включений до порядку денного сесії Верховної Ради України від 7 лютого 2012 р. № 4344-VI) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zakon1.rada.gov.ua.
7. Чернєй В.В. Служба безпеки юридичної особи приватного права як суб'єкт запобігання злочинам / В.В. Чернєй // Актуальні проблеми протидії організованій злочинній діяльності : матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 26 вересня 2014 р.). – О. : МП Леся, 2014. – С. 145–147.
8. Чернєй В.В. Кримінально-правові та кримінологічні засади запобігання злочинам у сфері діяльності небанківських фінансових установ в Україні : [монографія] / В.В. Чернєй. – К. : Центр учбової літератури, 2014. – 456 с.
9. Биховченко В.П. Національний банк України в забезпеченні фінансової стабільності держави : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.00.08 «Гроші, фінанси і кредит» / В. П. Биховченко ; Національний університет державної податкової служби України. – Ірпінь, 2012. – 21 с.

Анотація

Черней В. В. **Проблеми взаємодії правоохоронних органів з іншими суб'єктами запобігання злочинам на ринку небанківських фінансових послуг.** – Стаття.

Розглядаються актуальні правові, організаційні та практичні проблеми взаємодії державних правоохоронних і контролюючих органів, а також служб безпеки юридичних осіб приватного права щодо запобігання злочинам на ринку небанківських фінансових послуг в Україні.

Ключові слова: економічна злочинність, фінансова злочинність, запобігання злочинам, небанківські фінансові установи, правоохоронні органи, Державна фінансова інспекція України, приватна детективна (розшукова) діяльність.

Аннотация

Черней В. В. **Проблемы взаимодействия правоохранительных органов с другими субъектами предупреждения преступлений на рынке небанковских финансовых услуг.** – Статья.

Рассматриваются актуальные правовые, организационные и практические проблемы взаимодействия государственных правоохранительных и контролирующих органов, а также служб безопасности юридических лиц частного права по предотвращению преступлений на рынке небанковских финансовых услуг в Украине.

Ключевые слова: экономическая преступность, финансовая преступность, предотвращение преступлений, небанковские финансовые учреждения, правоохранительные органы, Государственная финансовая инспекция Украины, частная детективная (сыскная) деятельность.

Summary

Cherney V. V. **Problems of interaction of law enforcement bodies with other subjects of crime prevention on the market of non-banking financial services.** – Article.

Discusses the current legal, institutional and practical problems prevent the most dangerous offenses in the insurance market, in the field of credit unions and investment companies.

Key words: economic crime, financial crime, crime prevention, non-bank financial institutions, law enforcement agencies, State Financial Inspection of Ukraine, private detective (detective) activity.

УДК 347.965:340.115

М. Р. Аракелян

ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ: ІСТОРИЧНИЙ ПІДХІД

Сучасна демократична правова держава передбачає формування розвиненого громадянського суспільства, визначальним критерієм розвиненості якого є наявність механізму захисту прав і свобод людини і громадянина, що безпосередньо пов'язано з функціонуванням правозахисної системи, як безпосереднього активного учасника даного процесу. Здійснюючи свої функції, правозахисна система сприяє справедливому відправленню правосуддя, дотриманню принципів верховенства права і законності, поваги до прав, свобод, до честі і гідності людини та громадянина. Також за допомогою здійснення правозахисною системою своїх функцій реалізуються інтереси всього суспільства і кожного його члена. Настільки значуще місце правозахисної системи в громадянському суспільстві обумовлює підвищений дослідницький інтерес до вивчення його сутнісно-змістовних параметрів, що вимагає задіяння всього методологічного арсеналу сучасної юридичної науки, важливе місце в якому посідає історизм.

Історизм – підхід до дійсності, що змінюється в часі, розвивається. Даний підхід передбачає розгляд об'єкта як системи, закономірностей його розвитку. Витоки історизму – у вченнях Геракліта, Платона, Аристотеля; стосовно суспільства його розробляли Дж. Віко, Вольтер, Г. Гегель, К. Маркс; у природознавстві – Ч. Лайель і Ч. Дарвін. З кінця XIX ст. історизм був підданий критиці В. Дильтеймом, Б. Кроче, Г. Риккертом, К. Ясперсом, К. Поппером та ін., які ставили під сумнів можливість встановлення законів розвитку суспільства і передбачуваність його майбутнього. У сучасній філософії і науці триває гостра полеміка з проблем історизму (наприклад, концепція циклічного розвитку А. Тойбні) [1, с. 175–176].

Першим специфічним принципом історичного пізнання став сформульований у німецькій історіографії на початку XIX ст. принцип історизму. Він містив дві важливі ідеї – розвитку та індивідуальності, які виступали одночасно основоположними вимогами до осягнення минулого. При тому якщо вимога вивчати історію як процес, що змінюється і розвивається, не протистояла вивченню суспільно-історичного розвитку як процесу законо-

© Аракелян М. Р., 2014

мірного, то завдання дослідження явищ минулого як унікальних, обумовлених тільки їм притаманними обставинами і факторами акцентувало увагу істориків не так на загальному, як на одиничному і неповторному [2].

Незважаючи на існування деякого скептицизму щодо застосування історичного підходу, заснованого на тому, що нібито його використання може служити гальмом на шляху розвитку різних державно-правових явищ, більшість учених відзначають необхідність і ефективність застосування даного підходу в теоретико-правових дослідженнях. Оцінюючи методологічний потенціал історизму, на думку В.С. Несерсянца, історичний принцип і розуміння історії як специфічної форми руху від минулого через сучасність до майбутнього як до чогось нового, що ще не мало місця раніше, але водночас внутрішньо, закономірно пов'язаному з тим, що вже було і є, є продуктом нового часу [3, с. 9].

Сучасний рівень накопичення історичних знань переконливо свідчить: історизм як спосіб вивчення явищ у їх виникненні і розвитку, у їх зв'язку з конкретними умовами найбільшою мірою відображає особливості історичного пізнання [4].

Оцінюючи пізнавальний потенціал історизму, Д. А. Керімов зазначає, що без історичного відтворення виключається можливість логічного усвідомлення її закономірностей [5, с. 52]. Теорія як логічне відтворення дійсності, на думку О. В. Сурілова, своїм корінням сягає в її історичне відтворення [6, с. 63].

Необхідність використання історичного підходу при дослідженні правозахисної системи та її складових, зокрема інституту адвокатури, обумовлена тим, що суспільство постійно змінюється і не може бути теоретично представлено у вигляді стійких, незмінних систем і структур. Дослідження трансформації суспільного життя не тільки в кількісному, але і в якісному плані вимагає не просто опису лише статичних станів, а глибокого вивчення соціального розвитку, що може бути зрозуміле у логіці тільки такого дослідження, яке має всі ознаки історичного пізнання.

Історичний підхід у дослідженні суспільного життя сприяє тому, щоб об'єктивно оцінювати події, що відбувалися, на основі всебічного аналізу закономірностей їх становлення і розвитку і, нарешті, робити реальні прогнози щодо їхнього майбутнього; як справедливо зазначає О. В. Сурілов, дозволяючи оволодіти закономірностями, що властиві руху державно-правових явищ, історизм не тільки дає розуміння їх природи на день сьогоднішній, а й відкриває можливості передбачення необхідних змін у цих реаліях у найближчій і віддаленій перспективі [6, с. 64]. Дане твердження повною мірою стосується дослідження сутності та змісту правозахисної системи та правозахисної діяльності. Адже насправді формування, становлення та інституціоналізація прав і свобод людини пройшли тривалий шлях. Тільки при дослідженні закономірностей їх становлення і трансформації стає можливим аналіз природи правозахисної системи взагалі та інституту адвокатури як її елемента.

Основні атрибути історизму як методологічного підходу зводяться до того, щоб при дослідженні різних явищ враховувалося минуле про об'єкт,

вивчення та аналіз його сьогодення і на підставі цього зроблено прогноз на майбутнє. Адекватне осмислення якісних змін що відбуваються в правозахисній сфері обумовлює неминучість пізнання сутнісних, закономірних, причинно-наслідкових джерел буття досліджуваного об'єкта. Причому кожен з елементів історизму має свої пізнавальні параметри, які тільки в єдності утворюють методологічний ефект даного підходу. Так, аналіз минулого в становленні та розвитку інституту адвокатури дозволяє розглядати його сучасний стан і потім прогнозувати його стан і можливу трансформацію в майбутньому.

Найважливіший момент у характеристиці історичного підходу в дослідницькій діяльності пов'язаний із тим, що констатація соціальних змін у просторі і часі ґрунтується на виявленні соціальних факторів і закономірностей, які їх обумовлювали, і, відповідно, виступають в якості об'єктивної передумови для подальшої трансформації соціальної активності.

Ефективність історизму особливо яскраво проявляється, коли він використовується дослідником в якості методологічного підходу при дослідженні генезису і становлення правозахисної системи та її найважливішого інституту – адвокатури. Саме він дозволяє простежити за динамікою їх трансформації. Зокрема, використання історичного підходу дозволяє продемонструвати, що діяльність із надання юридичної допомоги в найширшому її розумінні існувала в усі часи, при всіх формах суспільного і державного устрою. У будь-якому організованому суспільстві існувала й існує необхідність створення закономірності та умов для такої допомоги і виділення для цієї мети особливого стану людей, що володіють юридичними знаннями, для надання допомоги правового характеру фізичним та юридичним особам. Історичний підхід дозволяє констатувати, що форми і способи надання юридичної допомоги змінювалися залежно від економічних і політичних умов. Пошук найбільш відповідної формальної організації для надання юридичної допомоги в певних історичних умовах вівся постійно.

Аналіз багатьох правових проблем організаційного та нормативного характеру, які переживає сучасна правова система, вимагає від дослідника вміння і навичок застосування потенціалу методології історизму. На думку О. В. Венгєрєва, без звернення до принципу історизму юридична наука не могла б зрозуміти справжні процеси виникнення і розвитку держави і права, конкретних державно-парових інститутів [7, с. 28–38]. Як відомо, сучасна правозахисна діяльність переживає цілу низку проблем, починаючи від недосконалості законодавчої бази, закінчуючи механізмом реалізації і захисту основних прав і свобод людини в сучасному українському суспільстві. Це пояснюється не тільки сучасним станом українського суспільства, а й історичним минулим, пов'язаним із правовими традиціями його історичного розвитку. Адекватний зміст наших знань про минуле не тільки дозволить виявити причини існуючих проблем у даній сфері, а й знайти шляхи їх подолання. Потрабно зробити практичні кроки, спрямовані на вдосконалення нормативних та організаційних основ правозахисної діяльності в сучасному українському суспільстві.

Вітчизняна історія формування правозахисної системи та її складових, зокрема інституту адвокатури, є предметом досліджень багатьох учених. У проведених дослідженнях визначалися історичні етапи її становлення і набуття відповідних функціональних смислів і організаційно-правових форм.

Важливою віхою на шляху становлення інституту адвокатури дослідники вважають період буржуазного реформування в дореволюційній Росії, а особливо судову реформу 1864 року, коли філософський гуманітарний сенс інституту адвокатури збігся з його організаційно-правовим оформленням [8, с. 5–-11]. У цьому сенсі суттєвим є зауваження А. Н. Стоянова про те, що «не одноосібна влада судді, не бюрократичне свавілля, а самовиправлення через самоврядування здатне підняти моральне і суспільне значення адвокатури» [9, с. 130].

У цілому практика функціонування інституту адвокатури, починаючи з 1917 року до початку 90-х років XX ст., дослідниками оцінюється негативно, оскільки в цей період відбулося ослабленням його ролі і значення в суспільному житті, пов'язане з недооцінкою гуманітарних основ правозахисної діяльності, а також невизнанням його самостійного організаційно-правового статусу. Державний механізм надалі маніпулював даним інститутом залежно від політико-владних настанов.

Реформи останніх років, що охопили практично всю систему суспільних відносин, спричинили значні зміни в діяльності правозахисних інститутів. Із прийняттям у 1992 році Закону України «Про адвокатуру» кардинальним чином змінилася організація та діяльність адвокатури в Україні. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», адвокатура є добровільним професійним суспільним об'єднанням, покликаним сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм різну юридичну допомогу [10].

На даний час, виходячи із сучасного гуманітарного змісту правозахисної активності, адвокатура характеризується як незалежний від влади інститут, що здійснює правозахисну діяльність, що обмежує владу в її каральній активності.

Основні параметри, атрибути, а також функціональна спрямованість інституту адвокатури в Україні пов'язані, у першу чергу, з наданням юридичної допомоги громадянам та організаціям із захисту їхніх інтересів у суді, і визначаються як сукупність процесуальних дій, спрямованих на захист честі і гідності, життя і здоров'я, особистої свободи і майна від злочинних посягань, на спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності обвинуваченого... шляхом участі у судочинстві з цивільних або кримінальних справ [11, с. 180].

Виходячи із зазначеної специфіки функціональної спрямованості даного інституту, можна припустити, що історичний підхід як пізнавальне предметне судження щодо правозахисної системи взагалі та інституту адвокатури зокрема вельми ефективний при постановці дослідницьких завдань, пов'язаних, насамперед, із необхідністю виявлення історичних коренів соціально-гуманітарних джерел правозахисної активності в тому чи іншому

просторовому і часовому вимірі, а також при дослідженні тенденцій формування елементів правозахисної системи як відносно самостійних соціальних інститутів та специфіки їх взаємодії з аналогічними структурами; особливостями перетворення цих інститутів з урахуванням соціально-економічних і політичних реалій; перспективами і тенденціями їх розвитку у майбутньому.

Історичний підхід найбільш ефективний у конкретних ситуаціях здійснення адвокатом правозахисної діяльності, зокрема, в обґрунтуванні юридично значущих мотивів у діях клієнтів, а також при їх юридичній кваліфікації. У даному випадку основними методами пізнавальної активності адвоката виступає також формально-логічний, порівняльно-правовий та деякі інші. Однак переконливість аналізу стане більш ґрунтовною, якщо він буде підкріплюватися історичними реаліями, тобто включати в себе елементи історизму.

Вбачається необхідним відобразити нові реалії, з якими стикається сучасна адвокатська практика. Інститут адвокатури – структурний елемент суспільно-політичної системи, і від його функціонування багато в чому залежить поліпшення якості даної системи. Цілі і завдання, що стоять перед адвокатами та їх об'єднаннями, визначаються об'єктивною необхідністю професійного захисту прав громадян та юридичних осіб. Тому можна стверджувати, що цілі і завдання перед адвокатурою ставлять не самі адвокати і не держава, а суспільство.

Важливо підкреслити, що сучасний стан функціонування інституту адвокатури прямо пов'язаний із переспрямуванням вектора його вдосконалення на подальше зміцнення його статусу як самостійного інституту громадянського суспільства. При цьому зберігають свою актуальність історичні традиції формування даного інституту в історичній ретроспективі.

Роль держави в цьому процесі має зводитися, насамперед, до чіткого визначення прав і свобод своїх громадян, їх закріплення в національному законодавстві відповідно до норм і стандартів, вироблених у рамках міжнародного права. Адвокатура в цій системі зв'язків є об'єктом, який сам підпадає під таке унормування, і водночас вона є суб'єктом, який в інтересах суспільства здійснює індивідуалізацію проголошених прав і обов'язків. Через адвокатуру, як інститут громадянського суспільства, держава забезпечує своїм громадянам можливість реального впливу на реалізацію своїх прав і свобод. Крім того, в Україні громадянам гарантується ще й право на юридичну допомогу, реалізація якого, як зазначалося вище, в основному і здійснюється адвокатурою. Однак остання виступає в цій парадигмі не як інструмент держави, а як інститут усього суспільства, через який реалізується право його членів на юридичну допомогу.

Історичний похід дозволяє дійти висновку про те, що сучасна правозахисна система і, відповідно, інститут адвокатури як її елемент не з'явились раптово, а формувалися поступово протягом декількох століть. Кожен період створив щось нове в її розвитку, що при непомітному переході на наступний етап їх трансформації супроводжувалося конкретними подіями,

що заклали основу для подальшого їх розвитку. Також функціонування даної системи на сучасному етапі розвитку суспільства представляє результати всієї попередньої історії, що передувала розвитку. У свою чергу, сучасний їх стан значною мірою обумовлює подальший розвиток даних правових інститутів.

Інститут адвокатури в Україні є організацію з особливим статусом, діяльність якого пов'язана зі здійсненням захисту прав та свобод і судового представництва. Настільки значуще місце інституту адвокатури обумовлює підвищений дослідницький інтерес до вивчення його сутнісно-змістовних параметрів, що вимагає задіяння всього методологічного арсеналу сучасної юридичної науки, важливе місце в якому посідає історизм.

Крім того, сама теорія адвокатури, її наукове осмислення дослідниками, на думку Ю. Ф. Лубшева, розробляє свої власні прийоми вивчення, особливий логічний комплекс засобів, які розкривають більш конкретні, внутрішні закономірності адвокатури [12, с. 56].

З урахуванням пізнавальних методологічних параметрів історичного підходу у вивченні інституту адвокатури в Україні пріоритетними напрямами вдосконалення даного інституту в даний час є організаційна незалежність, професійна компетентність, самоврядність його як інституту громадянського суспільства, підвищення ефективності його діяльності як найважливішого елемента в механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина.

Таким чином, співвідношення минулого із сучасним дає можливість дослідникові визначитися в причинно-наслідкових закономірностях, сутнісно-функціональних тенденціях та перспективах розвитку об'єкта нашого дослідження – правозахисної системи як найважливішого інституту сучасного громадянського суспільства, а також інституту адвокатури як її складової. Це зводиться до наукового моделювання реальних тимчасово-просторових параметрів, що відображають якісно-кількісні стани даних систем у майбутньому, виявлення позитивних або негативних тенденцій у динаміці їх розвитку, аналізу ситуацій, що сприяють їх появі і в кінцевому підсумку розумінню того, що слід змінити в часовому просторі сьогодення у досліджуваному об'єкті для запобігання проблемних ситуацій у майбутньому. У цьому неоціненну роль відіграє історизм як методологічний підхід у пізнавальній діяльності.

Література

1. Нова філософська енциклопедія: в 4 т. / Ін-т філософії РАН // Нац. общ.-науч. фонд. науково-ред. рада: В. С. Стьопін и др. – М. : Думка, 2001. – Т. 2. – 634 с.
2. Рамазанов С.П. Принципы исторического познания в XIX–XX вв.: тенденция к оптимизации вестник томского государственного университета 2009 №2(6) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/his/06/image/06-047.pdf
3. История политических и правовых учений / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Юрид. лит., 1983. – – 720 с.
4. Исторический словарь [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://encdic.com/history/PrincipIstorizma33956.html

5. Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований / Д.А. Керимов. – Думка, 1986–– 332 с.
6. Сурилов А.В. Теория государства и права: учебное пособие / А.В. Сурилов. – К.; Одесса, Выща шк. голов. изд-во, 1989. – 439 с.
7. Венгеров А.Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки / А.Б. Венгеров // Советское государство и право. – 1983. – № 3. – С. 28–38.
8. Бугаренко А.И. Исторические аспекты права на бесплатную юридическую помощь в России / А. И. Бугаренко // Часопис Академії адвокатури України. – № 3. – 2009. – С. 5–11.
9. Стоянов А. Н. Історія адвокатури / А.Н. Стоянов – Харьков : Університетська типографія, 1869. – 176 с.
10. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – Ст. 282. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17
11. Современная украинская энциклопедия: в 16 т. – Х. : Книжный Клуб «Клуб Семейного досуга», 2004. – Т. 5. – 416 с.
12. Лубшев Ю. Ф. Курс адвокатського права / Ю. Ф. Лубшев. – М. : Профобразование, 2007. – 424 с.

Анотація

Аракелян М. Р. **Дослідження правозахисної діяльності інституту адвокатури: історичний підхід.** – Стаття.

У статті розглядаються методологічні основи дослідження правозахисної системи на прикладі історизму. Аналізується методологічний потенціал історичного підходу в пізнанні процесу формування інституту адвокатури як найважливішого елемента правозахисної системи, її трансформації і сучасного стану, а також у прогнозуванні перспектив її розвитку. Акцентується увага на тому, що співвідношення минулого із сьогоденням дає можливість дослідникові визначитися в причинно-наслідкових закономірностях, сутнісно-функціональних тенденціях та перспективах розвитку правозахисної діяльності адвокатури як найважливішого інституту сучасного громадянського суспільства.

Ключові слова: методологічні основи, історизм, історичний підхід, громадянське суспільство, правозахисна система, інститут адвокатури.

Аннотация

Аракелян М. Р. **Исследование правозащитной деятельности института адвокатуры: исторический подход.** – Статья.

В статье рассматриваются методологические основы исследования правозащитной системы на примере историзма. Анализируется методологический потенциал исторического подхода в познании процесса формирования института адвокатуры как важнейшего элемента правозащитной системы, ее трансформации и современного состояния, а также в прогнозировании перспектив ее развития. Акцентируется внимание на том, что соотношение прошлого с настоящим дает возможность исследователю определиться в причинно-следственных закономерностях, сущностно-функциональных тенденциях и перспективах развития правозащитной деятельности адвокатуры как важнейшего института современного гражданского общества.

Ключевые слова: методологические основы, историзм, исторический подход, гражданское общество, правозащитная система, институт адвокатуры.

Summary

Arakelyan M. R. **Methodological potential of a historical approach to the study of human rights activities of the bar institution.** – Article.

The article discusses the methodological basis of research on the human rights system in example of historicism. We analyze the methodological potential of the historical approach to knowledge formation process of the legal profession, as the most important element of the human rights system, its transformation and current state, and forecasting its development. Attention is focused to the fact that the ratio of the past with the present enables the researcher to determine the causal regularities, essentially-functional trends and prospects of development of the human rights activities of the Bar as the most important institution of a modern civil society.

Key words: methodological foundations, historicism, historical approach, civil society, human rights system, bar institution.

УДК 341.0

О. В. Задорожній

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ПРИНЦИП НЕПОРУШНОСТІ КОРДОНІВ У ЄВРОПІ ТА АГРЕСІЯ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ

Як відомо, держави є основними суб'єктами міжнародного права, і суб'єктами універсальними, адже не може бути таких міжнародно-правових відносин, учасником яких не могла би бути держава [22, с. 23–24]. Найбільш важливими ознаками держави вважаються суверенітет, територія, населення і влада [47]. Правова теорія та практика свідчать: незалежно від того, як визначаються вимоги державності, абсолютно необхідним є критерій території. Неможливо уявити собі державу як суб'єкта міжнародного права, що має права та обов'язки, без узгоджених територіальних меж [86, с. 563]. У Міжамериканській конвенції про права та обов'язки держав 1933 р. (ст. 3) визначено: «Держава як особа міжнародного права повинна мати: a) постійне населення, b) певну територію, c) уряд, d) здатність вступати у відносини з іншими державами» [56], подібні положення властиві і доктрині міжнародного права.

Розвиток міжнародного права на основі виняткової влади держав у визначених територіальних межах призвів до того, що територія стала, як вказав Д.О'Коннелл, «можливо, найважливішою категорією міжнародного права» [85, с. 403]. Принцип виняткового суверенітету держави на своїй території передбачає як владу держави щодо території, так і відсутність у інших держав права претендувати на ту ж територію. Д.Боуетт розглядав принцип суверенітету держави на своїй території як визначальний у міжнародному праві [49, с. 29]. У справі про протоку Корфу 1949 р. Міжнародний Суд ООН чітко визначив, що «принцип поваги до територіального суверенітету у стосунках між незалежними державами є основою міжнародних відносин» [57, с. 4, 35].

При цьому неодмінним атрибутом держави є не просто територія, а територія, окреслена кордонами. Вона є найважливішим компонентом суверенітету держави, адже в державно-правовому аспекті територія тісно пов'язана із суверенітетом – верховенством влади всередині держави та

© Задорожній О. В., 2014

незалежністю у зовнішньому середовищі, що характеризується повнотою законодавчої, виконавчої та судової влади держави на її території [4, с. 663–664].

З іншого боку, територія у фізичному сенсі, як середовище проживання, приналежність надр, суходолу, прилеглих до нього вод завжди була предметом першочергових інтересів племен, націй, народів. Природно, що проблема територіального розмежування займала і займає надзвичайно важливе місце у відносинах між державами протягом століть та нерідко стає «яблуком розбрату». Спори виникають, як правило, не просто через конкретної ділянки території як такої, а мають чітко визначені економічні, політичні та військово-стратегічні причини [1, с. 2].

За оцінками Гьортца і Діля, протягом менше ніж два сторіччя (1816–1980 рр.) відбулось 770 змін державних кордонів. Блейк зазначав, що лише протягом 1950–1997 рр. у Європі мали місце 32 територіальних спори та суперечки. З 1980 р. 25 спорів щодо кордонів було передано до міжнародних судових органів [92, с. 13].

Водночас ідеться не лише про міжнародні ситуації, суперечки і спори, а й про збройні конфлікти, причиною яких було бажання держав отримати нові території. Жорстокі і кровопролитні війни за території охоплювали цілі континенти і навіть весь світ, а їх осердям був європейський регіон. Військовими конфліктами з найбільшою кількістю держав-учасників, бойових зіткнень та жертв є Тридцятирічна війна 1618–1648 рр., Перша і Друга світові війни, розв'язані найбільшими державами Європи для захоплення нових територій і переділу світу [19, с. 2].

Оскільки на сучасному етапі розвитку міжнародної спільноти одним з її першочергових завдань є попередження та врегулювання конфліктів, особливу увагу держави приділяють необхідності суворого дотримання міжнародно-правових принципів територіальної цілісності та непорушності державних кордонів. Нинішні загрози, що постали перед світовим співтовариством у зв'язку з агресією Російської Федерації проти України, зумовленої, серед іншого, прагненням окупувати та анексувати частину території суверенної держави, вимагають рішучої та консолідованої реакції. Актуальним завданням науки міжнародного права в цьому контексті є звернення до норм, пов'язаних із принципом непорушності кордонів, аналіз історії становлення, нормативного змісту, сфери застосування, особливого значення цього принципу для європейського регіону, де непорушність державних кордонів утвердилась в якості імперативної норми міжнародного права.

Розвиток міжнародно-правової регламентації відносин держав щодо кордонів. Виникнення поняття «державний кордон» пов'язують із виникненням інституту держави у період середньовічного міжнародного права. Однак договірне визначення лінії кордонів та закріплення норм щодо їх недоторканності відбувалось і в період міжнародного права Стародавнього світу. Так, в угоді царя країни хетів Суппілуліуми I та правителя Митанні Шаттівази 1350 р. до н.е. визначено лінію проходження кордону

і передбачено зобов'язання сторін не порушувати кордон [7, с. 256–257]. У договорі між єгипетським фараоном Рамзесом II та хетським царем Хаттусілісом III, укладеному в 1258 р. до н.е., йдеться про заборону спроб сецесії та зміни існуючих кордонів [71]. У договорах часто регламентувався і статус прикордонних територій. У греко-римський період остаточно сформувалася концепція «справедливої війни», однією з підстав якої вважалось порушення встановлених кордонів. Проте військові конфлікти і територіальні завоювання не вважались протиправними, війна була правомірним засобом набуття території.

У період Середньовіччя територіальна держава стає суб'єктом міжнародного права, основою якого є населення і територія, окреслена кордонами, територія, яку правитель охороняв та з населення якої стягував податки. В епоху феодальної роздробленості суттєвий внесок в інституціоналізацію кордонів було зроблено у зв'язку з розвитком процедури стягнення митних платежів за транзит територією [62, с. 84–85].

Повсюдно укладались угоди, які стосувались територіального верховенства; важливе місце з-поміж них належить мирним договорам, укладеним після завершення бойових дій (мирний договір імператора Фрідріха I з Лігою міст Ломбардії 1183 р., мирний договір між королем Данії та Ганзейськими містами 1370 р.).

Приналежність та правовий статус територій було врегульовано низкою договорів про союз – договором між імператором Фрідріхом II і королем Франції Луї IX 1227 р., союзом Карла Анжуйського, Філіппа Куртенойського та Венеції 1281 р., договором короля Англії Едварда I і романського короля Адольфа Нассау 1294 р., договором короля Англії Едварда III та короля Португалії Альфонсо IV 1353 р. [8, с. 80]. Відповідно до Тордесільяського договору 1494 р. встановлено лінію проходження кордону між португальськими і кастильськими володіннями. Порушення визначеного кордону, як і в період міжнародного права Стародавнього світу, вважалось приводом для законної війни [62, с. 86]. Водночас збройні конфлікти за території продовжували бути звичним явищем, найбільше страждав від них європейський регіон, держави якого постійно вели між собою війни, спричинені експансіоністськими прагненнями [77].

Особливо кривавою стала Тридцятилітня війна 1618–1648 рр. між європейськими державами, найбільш руйнівна в історії людства до світових війн XX ст. За підсумками цього збройного конфлікту було укладено Вестфальський мир – Оснабрюцький договір між імператором Священної Римської імперії та його союзниками із Швецією та її союзниками [87] і Мюнстерський договір між імператором Священної Римської імперії, папською курією та Францією [82]. Вестфальські договори сформували територіально-політичний устрій в Європі на основі закріплення післявоєнного status quo, відповідних територіальних змін, стали основою для наступних міжнародних договорів між європейськими державами, стабільності їхніх територій та кордонів. Кордони, закріплені Вестфальським миром, протримались у незмінному вигляді до наполеонівських війн 1799–1815 рр. [6, с. 265].

Тим не менш війни за території в Європі, хоча і меншого масштабу, не припинялись та визнавались правомірними, за їхніми підсумками укладались мирні договори, що фіксували приналежність відповідних земель (Аахенський мир 1668 р., мирні договори Німвегенського конгресу 1678–1679 рр., Рісквікський мирний договір 1697 р., договори Утрехтського конгресу 1713–1714 рр., Ніштадтський мирний договір 1721 р.).

Особливе значення Вестфальського миру (Мюнстерського договору) пов'язане із закріпленням у ньому принципу uti possidetis, ita possideatis – «як володієте, так і володійте», тобто збереження існуючого стану речей стосовно державних територій, який можна вважати прообразом принципу непорушності кордонів [96, с. 593].

Цей термін першопочатково використовувався магістратами у Стародавньому Римі при вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням норм приватного права. Він забезпечував продовження володіння нерухомою власністю особами, в яких вона фактично перебувала, навіть за відсутності підтверджуючого документу, але при дотриманні певних умов [78, с. 6]. Через багато століть концепція uti possidetis була застосована до міжнародного права [61, с. 22–23]. При цьому розрізняли дві форми відповідного принципу – uti possidetis de jure та uti possidetis de facto [88, с. 14]. Застосування uti possidetis стало широко розповсюдженим у міжнародному праві в ситуаціях, пов'язаних із припиненням війн [90], при укладенні мирних договорів, які закріплювали status quo postbellum [91].

Принцип uti possidetis відіграв важливу роль на початку XIX ст., коли використовувався для запобігання колонізації колишніх територій Іспанської імперії іншими європейськими державами. Латиноамериканські держави побоювалися, що європейці вважатимуть деякі території колишньої імперії «нічийною землею», або ненаселеною територією, і таким чином зможуть набувати їх просто шляхом ефективної окупації. По суті, uti possidetis передбачає, що кордони нових держав співпадають з кордонами, які в них були, коли вони були адміністративними одиницями колоніальної держави [102, с. 67–97]. Цей підхід відіграв важливу роль у XX ст., у часи деколонізації і розпаду Радянського Союзу та Югославії.

Подальший розвиток класичного міжнародного права пов'язують із подіями Великої французької революції 1789–1799 р. і Віденського конгресу 1815 р., із закріпленням концепції основних прав і обов'язків суб'єктів міжнародного права (передусім, держав), міжнародної юрисдикції, територіального верховенства та суверенітету держав. Суверенітет, незалежність, територіальна цілісність, невтручання у внутрішні справи декларувалися в якості основних засад відносин між державами [20, с. 43]. Принцип територіальної цілісності держав був закріплений у конституціях, інших законодавчих актах європейських держав, у міжнародних договорах [9, с. 30–37]. Однак його застосування було обмежене у зв'язку з продовженням визнання права держави на війну, що вважалось правомірною підставою набуття території.

Визначна роль належить Віденському конгресу 1815 р., що відбувся після поразки Наполеона у кровопролитних завойовницьких війнах у Єв-

ропі (1799–1815 рр.). Було встановлено нові кордони між державами регіону і нормативно закріплено нову систему міжнародних відносин на основі принципу балансу сил між найбільшими державами – Францією, Великою Британією, Австрією, Пруссією та Росією (так званий «Європейський концерт»), що проіснувала до Першої світової війни 1914–1918 рр.

Віденська система міжнародних відносин, як і Вестфальська, мала європоцентричний характер та передбачала імперський принцип контролю над територіями в межах колоніальних імперій. Хоча анексії і контрибуції залишалися формами міжнародної практики, великі держави вже не розглядали в якості реальної мети розчленування або ліквідацію іншої великої держави. У цей період розвивається міжнародно-правова аргументація принципу невтручання, правомірності чи заборони загарбницьких війн [72, с. 157–158].

На Берлінському конгресі 1878 р. було визнано незалежними державами Сербію, Чорногорію та Румунію, обмежено територію Болгарії, що з політичної точки зору зміцнило її суверенітет та ліквідувало подальшу феодалізацію з боку Туреччини [48, с. 841].

Наступним великим збройним конфліктом, найбільшим в історії людства на той момент, стала Перша світова війна 1914–1918 рр. Вона стала першим військовим конфліктом справді глобального масштабу [70, с. 10], з жертвами у понад 20 млн. людей. До подій 1939 р., пов'язаних із Другою світовою війною, Перша світова війна називалася «Світовою війною» або «Великою війною» [74, с. 14; 94, с. 64]. Причиною війни 1914–1918 рр. були спори за території та вплив між імперіалістичними державами Європи [105, с. 80] (у США її називали «Європейською війною»), більшість жертв та руйнувань також зазнав цей регіон [116].

Через півроку після закінчення бойових дій Німеччина була змушена підписати Версальський договір від 28 червня 1919 р., складений державами– переможницями на Паризькій мирній конференції [18, с. 2]. Договір став «міжнародно-правовим завершенням» Першої світової війни і поряд з іншими післявоєнними договорами юридично закріпив відповідні територіальні зміни [115, с. 49]. У Версальському договорі і Статуті Ліги Націй 1919 р. йдеться про принцип територіальної цілісності (ст. 10): Члени Ліги зобов'язуються поважати і зберігати від будь-якого зовнішнього вторгнення територіальну цілість і існуючу політичну незалежність усіх членів Ліги. У разі нападу, загрози або небезпеки нападу Рада визначає заходи для забезпечення виконання цього зобов'язання [107].

У Додатку А Локарнського договору між Німеччиною, Бельгією, Францією, Італією і Великою Британією 1925 р. (стаття 1) передбачалося: Високі Договірні Сторони гарантують індивідуально і колективно, як це встановлено в нижченаведених статтях, збереження територіального status quo, що випливає з кордонів між Німеччиною та Бельгією і між Німеччиною та Францією, і недоторканність зазначених кордонів, як вони встановлені Версальським мирним договором 1919 р., або на виконання мирного договору, а також дотримання положень ст. 42 і 43 зазначеного договору щодо демілітаризованої зони [76, с. 290–301].

У Паризькому договорі 1928 р. (Пакт Бріана-Келлога) сторони заявили про засудження звернення до війни для врегулювання міжнародних спорів і відмову у своїх відносинах від війни як знаряддя національної політики, а також визнали, що врегулювання або вирішення всіх спорів чи конфліктів, які можуть виникнути між ними, якого б характеру або якого б походження вони не були, повинно завжди знаходитися тільки в мирних засобах (ці зобов'язання стосувались і спорів щодо кордонів між державами) [113].

Однак ці угоди не змогли зупинити агресивні режими, що встановились у Європі у 20-30-х рр. XX ст. і розв'язали Другу світову війну – найжахливіший збройний конфлікт в історії. Її початок був значною мірою спровокований ганебними договорами, укладеними напередодні війни: Мюнхенською угодою 1938 р., коли, перелякані перспективою війни з гітлерівським режимом, Велика Британія і Франція погодились на окупацію частини Чехословаччини, що призвело до подальшого розділу цієї держави [81], та Договором про ненапад між СРСР та Німеччиною 1939 р. (Пакт Молотова-Ріббентропа) [108] і секретним додатковим протоколом [32], що безпосередньо призвели до розділу Польщі.

Друга світова війна стала вкрай болючим уроком для всього світового співтовариства, особливо для держав європейського регіону, відповідальних за загибель десятків мільйонів людей. Визнання непорушності кордонів, що склалися в результаті війни і післявоєнного розвитку, повинно було стати основоположним у забезпеченні миру та безпеки в Європі [69, с. 223].

Кордони держав Європи після завершення Другої світової війни були закріплені Потсдамським договором 1945 р., укладеним СРСР, США та Великою Британією (встановлено нові кордони Німеччини з Радянським Союзом та Польщею) [63], Паризькими мирними договорами союзників із сателітами гітлерівської Німеччини 1947 р., якими визначено кордони між Італією та Югославією, Угорщиною та Словаччиною, Румунією й Угорщиною, Союзом РСР та Румунією, Болгарією і Румунією, Францією й Італією, СРСР та Фінляндією [65], а також кількома двосторонніми договорами. Однак важливу роль відіграли Тегеранська (1943 р.) і Ялтинська (1945 р.) конференції, на яких лідерами союзників (Й.Сталін, В.Черчилль, Ф.Рузвельт) узгоджувались питання післявоєнних кордонів та нового світового порядку загалом.

Щоправда, подальший розвиток подій у регіоні засвідчив, що ці міжнародні договори не можуть повною мірою забезпечити стабільність та безпеку кордонів, закріплених після перемоги над агресором. Причиною цього стали, передусім, події «Холодної війни», що фактично розпочалась у 1946 р., і розділ Європи між ворожими блоками.

Епіцентром протистояння СРСР та держав Заходу було питання статусу Німеччини. Ця держава, окупована після закінчення Другої світової війни Радянським Союзом (землі Мекленбург – Передня Померанія, Бранденбург, Саксонія-Анхальт, Саксонія, Тюрінгія) та Сполученими Штатами, Великою Британією і Францією (Західна Німеччина та Західний Берлін, що територіально знаходився всередині землі Бранденбург), була об'єк-

том інтересу обох сторін [83, с. 12–14]. СРСР прагнув зберегти єдину Німеччину і перетворити її на «соціалістичну» державу та свого сателіта (подібно до держав Центральної та Східної Європи), керівництво яким здійснювала б Соціалістична єдина партія Німеччини (СЄПН).

Держави Заходу, звісно, намагалась не допустити цього: в грудні 1946 р. для відновлення німецької економіки та перешкоджання планам радянської влади Велика Британія та США об'єднали свої зони у «Бізонію» (в 1948 р. після приєднання до неї французької зони утворено «Тризонію»), на цю територію було поширено дію плану Маршалла, створено умови для розвитку ринкової економіки, проведено грошову реформу [112, с. 221].

Боротьба між СРСР та державами Заходу призвела до Першої берлінської кризи 1948 р., коли радянська сторона спробувала здійснити економічну блокаду Західного Берліну [103, с. 11–13]. Після цих подій на території «Тризонії» було утворено Федеративну Республіку Німеччина (ФРН), на окупованих СРСР східнонімецьких землях – прорадянську Німецьку Демократичну Республіку (НДР). Ці держави не визнавали одна одну, НДР визнавали тільки держави «Східного блоку» і Фінляндія.

У 1952 р. Й. Сталіним було піднято питання про об'єднання Німеччини, запропонований проект мирного договору, проте ця пропозиція не знайшла підтримки, в 1955 р. ФРН вступила до НАТО, НДР – до Організації Варшавського договору. У 1957 р. обговорювалася можливість створення конфедерації НДР і ФРН з Державною Радою в якості координаційного органу, однак інтереси СРСР та держав Заходу не співпали, а в тому ж році уряд Західної Німеччини на чолі з К. Аденауером увів у дію «доктрину Хальштейна», яка передбачала автоматичний розрив дипломатичних відносин із будь-якою державою, що визнала НДР [68, с. 180–185].

У 1958 р. розпочалась Друга берлінська криза: СРСР висунув ультиматум, вимагаючи закінчення чотирьохстороннього управління містом і перетворення Західного Берліна в демілітаризоване вільне місто, погрожуючи передати контроль доступу до міста владі НДР і укласти з нею сепаратний договір. Задоволення цієї вимоги у перспективі з великою вірогідністю призвело б до приєднання Західного Берліна до НДР. Після безуспішних переговорів із керівництвом США у Кемп-Девіді (1959 р.) і Відні (1961 р.) Радянський Союз все ж відмовився від свого ультиматуму, але заохочував керівництво НДР до посилення контролю над кордоном між Східним і Західним Берліном і, врешті-решт, до будівництва Берлінської стіни в серпні 1961 р.

Ці події супроводжувались масштабними навчаннями американського військового угрупування та так званим «інцидентом у КПП «Чарлі», що міг перерости у збройний конфлікт [117, с. 36–38].

Міжнародно-правове закріплення та нормативний зміст принципу непорушності кордонів у Європі. Незважаючи на продовження «Холодної війни», європейські держави декларували бажання забезпечити стійкий мир. Так, у 1966 р. було прийнято Декларацію держав Варшавського договору про зміцнення миру та безпеки в Європі, що містила певні

прогресивні положення, хоча і мала очевидне політичне підґрунтя. Держави-учасниці заявили, що, враховуючи напружену обстановку в Європі і небезпеку військового вибуху, вони закликають всі європейські держави розвивати одна з одною добросусідські відносини на основі принципів мирного співіснування, сприяти ослабленню напруженості шляхом одночасного розпуску військових союзів – НАТО та Організації Варшавського договору. Як першочергові заходи пропонувалося домовитися про ліквідацію іноземних військових баз, виведення іноземних військ із чужих територій, скорочення збройних сил обох німецьких держав, недопущення ФРН до ядерної зброї в будь-якій формі, створення в Європі без'ядерних зон, визнання непорушності існуючих кордонів, у тому числі кордону між ФРН і НДР, в якості основи міцного миру в Європі. Для обговорення питань безпеки налагодження співпраці в Європі держави ОВД запропонували скликати загальноєвропейську нараду [111].

Подальше просування в напрямі закріплення непорушності кордонів тісно пов'язане із так званим «процесом розрядки» у відносинах між Радянським Союзом та Заходом. Серед причин «розрядки» називають негативні економічні та політичні наслідків війни у В'єтнамі; результати Карибської кризи (керівники СРСР і США дійшли висновку про необхідність прийняття низки рішень, які б не допустили повторення чогось подібного в майбутньому); усвідомлення державами небезпеки, пов'язаної із загальним розвитком озброєнь; радянсько-китайський розрив, побоювання СРСР стосовно створення китайсько-американського альянсу [50].

Так чи інакше, результатами «розрядки» стали значна інтенсифікація співробітництва та укладення цілої низки договорів між СРСР і США (Угоди про заходи зі зменшення небезпеки виникнення ядерної війни між СРСР і США (1971 р.); Договору про обмеження систем протиракетної оборони (Договір ПРО); Тимчасової угоди про деякі заходи в галузі обмеження стратегічних наступальних озброєнь (ОСО-1); Документу «Основи взаємовідносин між СРСР і США»; Угоди про співробітництво в дослідженні та використанні космічного простору в мирних цілях; Угоди про запобігання інцидентів у відкритому морі і в повітряному просторі над ним (1972 р.); Договору про обмеження підземних ядерних випробувань (1974 р.) та деяких інших) [75, с. 197], а також виникнення сприятливих умов для договірного закріплення принципу непорушності державних кордонів у Європі, що мало гарантувати збереження миру і безпеки в регіоні.

Це було здійснено шляхом укладення низки міжнародних актів – двосторонніх договорів між СРСР та ФРН, Румунією і Чехословаччиною (1970 р.), Договору про принципи нормалізації відносин між ФРН та Польщею, Договору про принципи відносин між ФРН та НДР (1972 р.), Договору про двосторонні відносини між ФРН і Чехословаччиною (1973 р.), «Принципів співробітництва між СРСР і Францією» 1971 р., радянсько-американського комюніке 1972 р.

У Московському договорі між СРСР і ФРН від 12 серпня 1970 р. передбачено, що «мир в Європі може бути збережений тільки в тому разі, якщо

ніхто не зазіхатиме на сучасні кордони». Сторони заявили, що «не мають будь-яких територіальних претензій до будь-кого і не висуватимуть таких претензій у майбутньому, ...будуть неухильно дотримуватися територіальної цілісності всіх держав у Європі в їхніх нинішніх кордонах» [114].

«Принципи співробітництва між СРСР та Францією» 1971 р. містили твердження про особливу важливість співпраці двох держав разом з іншими державами для ослаблення міжнародної напруженості, зміцнення безпеки, розвитку мирних відносин між усіма державами Європи на основі низки принципів, першим з яких названо принцип непорушності існуючих у Європі кордонів [29, с. 401].

У Договорі про принципи відносин між ФРН та НДР від 21 грудня 1972 р., який став основою взаємодії сторін до возз'єднання Німеччини, вони заявили про визнання того, що непорушність кордонів і повага до територіальної цілісності та суверенітету всіх держав в Європі в їхніх нинішніх кордонах є основною умовою для миру (преамбула договору), підтвердили недоторканність нині і в майбутньому кордону, що існує між ними, та взяли на себе зобов'язання поважати територіальну цілісність одна одної (ст. 3) [106].

Радянсько-американське комюніке 1972 р. містило положення про готовність сторін сприяти послабленню напруженості, укріпленню безпеки, покращенню відносин та розвитку співробітництва між державами Європи «на основі принципів територіальної цілісності, непорушності кордонів, невтручання у внутрішні справи, суверенної рівності, незалежності і незастосування сили або погрози силою» [73].

У Договорі про взаємну допомогу між ФРН та Чехословаччиною 1973 р. також вказано на пов'язаність принципу непорушності кордонів зі збереженням миру в Європі. У ст. IV йдеться: «Федеративна Республіка Німеччина та Чехословацька Соціалістична Республіка підтвердити недоторканність їхнього спільного кордону зараз і в майбутньому і зобов'язуються поважати територіальну цілісність одна одної без будь-яких застережень. Вони заявляють, що не мають територіальних претензій одна до одної і що вони не будуть пред'являти такі претензії в майбутньому».

У преамбулі ж зазначено укладення Договору «в історичному усвідомленні того, що гармонійне співіснування націй у Європі є необхідним для миру, в рішучості покласти край раз і назавжди катастрофічному минулому у своїх відносинах, особливо у зв'язку з Другою світовою війною, яка завдала незліченні біди народам Європи», також визнання того, що «Мюнхенський договір від 29 вересня 1938 р. щодо Чехословацької Республіки укладений нацистським режимом під загрозою сили», а у ст. 1 визначено, що Мюнхенський договір є недійсним у їхніх двосторонніх відносинах [110].

Варто додати, що і договори між СРСР та ФРН, Польщею та ФРН, СРСР та Чехословаччини, укладені в 1970–1977 рр., визнали Мюнхенський договір 1938 р. недійсним від самого початку та таким, що не має жодних правових наслідків [46, с. 278].

Таким чином, основними елементами принципу непорушності кордонів, закріпленими в цих договорах, стали:

– по-перше, визнання вказаного принципу як найбільш важливої передумови для європейської безпеки;

– по-друге, підтвердження сторонами непорушності кордонів, встановлених після Другої світової війни та післявоєнного врегулювання, що юридично закріпило відповідні політичні та територіальні реалії (особливо важливим було визнання непорушності західного кордону Польщі по Одеру та Нейсе, встановленого Потсдамським договором, кордону між ФРН та НДР, а також кордону між Чехословаччиною та ФРН);

– по-третє, висловлення сторонами відданості та чітких намірів забезпечувати непорушність кордонів і належну реалізацію договорів, укладених для забезпечення миру та безпеки.

Оздоровленню міжнародної ситуації в Європі в цей період сприяло й укладення в 1971 р. Чотиристоронньої угоди щодо Західного Берліна між СРСР, США, Великою Британією і Францією. Угодою було передбачено, що західні сектори міста не є складовою частиною Федеративної Республіки Німеччини і не перебувають під її управлінням. ФРН отримала право представляти інтереси Західного Берліна на міжнародній арені в окремих сферах (таких як представництво Західного Берліна в міжнародних організаціях, консульське обслуговування постійних жителів міста), не зачіпаючи питань безпеки та статусу. Інші розділи угоди врегулювали загальні принципи транзитного сполучення між Західним Берліном і ФРН, перебування жителів Західного Берліна на території НДР. Вирішення питань транзиту і перебування на території НДР віднесено до компетенції німецької влади, тобто урядів НДР та ФРН і сенату Західного Берліну [93].

Після укладення Договору між НДР і ФРН 1972 р. перша була визнана іншими державами (раніше її визнали тільки СРСР, Польща, Чехословаччина, Угорщина, Румунія, Болгарія та Фінляндія) і набула членства в ООН (1973 р.).

Таким чином, до середини 1970-х рр. були значною мірою розв'язані найбільш болючі питання відносин між європейськими державами, на міжнародно-правовому рівні врегульовано відповідні відносини. Склався комплекс двосторонніх договорів, що встановлювали принцип непорушності кордонів, було створено необхідні передумови для його загального визнання всіма державами Європи в якості основного принципу безпеки на континенті.

Завершенням процесу формування принципу непорушності кордонів стало його закріплення на багатосторонній основі в Заключному акті Гельсінської Наради з безпеки і співробітництва в Європі у системі принципів взаємовідносин держав-учасниць НБСЄ.

Варто зазначити про відповідні положення інших актів, які закріпили основні принципи міжнародного права, – Статуту ООН та Декларації принципів міжнародного права 1970 р.

Статут ООН зобов'язує утримуватися від загрози силою або її застосування проти територіальної недоторканності держави (ч. 4 ст. 2) [54]. Декларація принципів міжнародного права 1970 р. містить основні елементи принципу територіальної цілісності, не вказуючи на сам принцип:

a) обов'язок держави «утримуватися від будь-яких дій, спрямованих на порушення національної єдності і територіальної цілісності будь-якої держави чи країни»;

b) «територія держави не повинна бути об'єктом воєнної окупації, яка стала результатом застосування сили в порушення Статуту ООН»;

c) «територія держави не повинна бути об'єктом набуття іншою державою в результаті загрози силою чи її застосування»;

d) територіальні набуття, отримані через силу чи загрозу її застосування, не повинні визнаватись [60]. У Декларації побіжно вказується на непорушність кордонів у контексті принципу незастосування сили та погрози силою: «Кожна держава зобов'язана утримуватися від загрози силою або її застосування з метою порушення існуючих міжнародних кордонів іншої держави або в якості засобу вирішення міжнародних спорів, у тому числі територіальних суперечок і питань, що стосуються державних кордонів».

Відповідно, заборона обмежується порушенням кордонів шляхом застосування сили або погрози силою. Від держав не вимагається взаємного визнання кордонів та відмови від територіальних претензій. Скоріше, такі претензії презюмуються, оскільки йдеться про несилове розв'язання спорів [22, с. 314–315]. Таким чином, питання вирішено в рамках передбаченого Статутом ООН та Декларацією 1970 р. принципу незастосування сили чи погрози силою [54].

Держави зобов'язані утримуватися від загрози силою або її застосування з метою порушення не тільки кордонів, а й демаркаційних ліній (маються на увазі тимчасові або попередні кордони, включаючи лінії перемир'я). Це стосується ліній, що мають юридичну основу, тобто таких, які встановлені і відповідають міждержавним договорам або яких держава зобов'язана дотримуватися з інших підстав.

Дотримання цього правила не завдає шкоди позиції зацікавлених держав щодо статусу та наслідків встановлення таких ліній [80, с. 30]. Це стосується і постійних кордонів, оскільки принцип незастосування сили сам по собі не зобов'язує до визнання існуючих кордонів.

При підготовці до Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р. канцлер ФРН Х.Шмідт чітко висловив сподівання на возз'єднання двох частин Німеччини: «Кордони недоторканні, але повинна бути можливість змінити їх мирними засобами і за взаємної згоди. Ми як і раніше прагнемо працювати для забезпечення миру в Європі, досягнення стану, коли німецький народ поверне собі єдність шляхом вільного самовизначення». Його колега з НДР Е.Хонеккер (тоді – перший секретар ЦК СЄПН) підтвердив розуміння важливості непорушності кордонів: «Жахливі війни, які відбувались на нашому континенті в цьому столітті, були результатом політики, яка, незалежно від того, під яким приводом вона велась, починалася з порушення існуючих кордонів, зневаги до суверенітету і територіальної цілісності інших держав» [104].

У Заключному акті НБСЄ 1975 р. держави-учасниці визнали, що вони розглядають як непорушні всі кордони одна одної, як і кордони всіх дер-

жав у Європі, і будуть утримуватися зараз і в майбутньому від будь-яких посягань на ці кордони. Вони будуть, відповідно, утримуватися також від будь-яких вимог чи дій, спрямованих на захоплення й узурпацію частини або всієї території будь-якої держави-учасника [55, с. 5]. У контексті Принципу I «Суверенна рівність, повага прав, властивих суверенітету» було передбачено, що кордони держав можуть змінюватися відповідно до міжнародного права, мирним шляхом і за домовленістю.

Гельсінський заключний акт став виразом основних політичних та правових підсумків Другої світової війни й оформив у міжнародно-правовому сенсі післявоєнні територіальні та політичні реалії в європейському регіоні [59]. Це було відображено і в закріпленні та нормативному змісті принципу непорушності кордонів як основоположного для збереження миру в Європі. Положення Гельсінського заключного акта стали водночас і підсумком накопиченого впродовж багатьох сторіч досвіду, і чіткими орієнтирами на майбутнє для всіх держав регіону. Сторони усвідомлювали, що кордони в Європі, встановлені впродовж післявоєнного врегулювання, не завжди співпадають із межами розселення народів, однак погодились із тим, що лише непорушність кордонів може гарантувати мир і безпеку і, навпаки, порушення кордонів будь-якої з держав є вкрай небезпечним для всіх інших.

Важливо, що принцип непорушності кордонів у Європі, як і інші закріплені в Заключному акті 1975 р., застосовується незалежно від політичних, економічних або соціальних систем, розміру, географічного розташування, рівня економічного або соціального розвитку держав [79, с. 12]. Заключний акт загалом має надблоковий характер, у п. 1 Правил процедури Прикінцевих рекомендацій консультацій у Гельсінкі йшлось: «Всі держави, які беруть участь у Нараді, виступають як суверенні і незалежні держави і в умовах повної рівності. Нарада проводиться поза військовими союзами» [66, с. 4].

Що стосується нормативного змісту принципу непорушності кордонів, то він покладає на держави в європейському регіоні такі зобов'язання: 1) визнати наявні кордони держав-учасниць НБСЄ як юридично встановлені згідно з міжнародним правом; 2) визнати непорушність кордонів усіх держав Європи; 3) відмовитися від будь-яких територіальних домагань або дій, спрямованих на окупацію частини або всієї території будь-якої держави нині і в майбутньому; 4) відмовитися від будь-яких зазіхань на наявні кордони нині і в майбутньому (держави зобов'язані утримуватися від загрози силою або її застосування з метою порушення не тільки кордонів, а й демаркаційних ліній) [97, с. 17]; 5) змінювати свої кордони тільки за взаємною згодою відповідних держав [101, с. 395].

До обов'язків держав, пов'язаних із принципом недоторканності кордонів, відносять і обов'язок держав дотримуватися існуючої лінії кордону на місцевості; не допускати довільного переміщення лінії кордону на місцевості та її перетину без відповідного дозволу або поза встановленими правилами; право кожної суверенної держави контролювати перетин її

кордонів людьми і транспортними засобами [23]. Однак видається, що ці обов'язки радше характерні для норм міжнародного права в межах інституту державних кордонів, про що йтиметься нижче.

В умовах існування двох ворожих військових блоків – НАТО та ОВД – значення принципу непорушності кордонів полягало ще й у забороні використання їхніх військових сил у будь-яких діях, пов'язаних із посяганнями на ці кордони. Хоча формулювання принципу не втратило своєї актуальності і після розпуску Організації Варшавського договору, адже передбачає заборону будь-яких збройних конфліктів щодо кордонів (прикордонних конфліктів), незалежно від їхнього «обсягу» та територіального поширення.

Втім, йдеться не лише про застосування сили, а про заборону будь-яких територіальних домагань, претензій щодо кордонів, ініціювання, підбурювання, підтримки реваншистських ідей та рухів, будь-яких інших спроб перегляду кордонів та підриву міжнародних угод щодо існуючих у Європі кордонів.

Об'єктом захисту принципу непорушності кордонів вважають усі види співробітництва держав із забезпечення їхньої безпеки та захисту – укладення договорів з делімітації та демаркації кордонів, колективну самооборону, вирішення прикордонних спорів та створення відповідних механізмів реалізації цього принципу.

Обов'язкам держав кореспондують права: укладати договори щодо колективної безпеки та самооборони, в тому числі стосовно дій у разі порушення кордонів, перешкоджати посяганням на недоторканність і непорушність кордонів усіма можливими засобами, в тому числі військовими (при дотриманні умов правомірного застосування сили, що висуваються нормами міжнародного права) [24, с. 63].

Розуміння нормативного змісту принципу непорушності кордонів неможливе без розкриття його зв'язків з іншими принципами, передбаченими у Гельсінському заключному акті. Всі вони більшою чи меншою мірою взаємопов'язані між собою. Втім, для принципу непорушності кордонів характерна пряма взаємозалежність із низкою інших. Так, принцип суверенної рівності держав у тому вигляді, в якому він сформульований («Держави-учасниці будуть поважати суверенну рівність одна одної, а також усі права, що властиві їхньому суверенітету й охоплюються ним, до яких входить, зокрема, право кожної держави на юридичну рівність, на територіальну цілісність, на свободу і політичну незалежність»), не може бути дотриманий без забезпечення непорушності кордонів. Право кожної держави на юридичну рівність, на територіальну цілісність, на свободу та політичну незалежність передбачає обов'язкову повагу до недоторканності території і, відповідно, непорушності та стабільності її кордонів. Таким чином, принцип непорушності кордонів забезпечує дотримання права держави на територіальну цілісність, притаманну суверенітету.

З іншого боку, принцип суверенної рівності держав служить для зміцнення принципу непорушності кордонів. Юридична рівність щодо недо-

торканності і цілісності території означає рівні права щодо непорушності і стабільності кордонів усіх держав. Всі кордони держав Європи, США і Канади, тобто всіх сторін Акта, рівною мірою повинні поважатись іншими державами [79, с. 24].

Найбільш тісно принцип непорушності кордонів пов'язаний із принципом територіальної цілісності, а також із принципом незастосування сили чи погрози силою. Саме формулювання «кордони держав можуть змінюватися відповідно до міжнародного права, мирним шляхом і за домовленістю» передбачає заборону застосування сили чи погрози силою. Водночас вказане положення аж ніяк не може тлумачитись як таке, що обмежує зміст або межі застосування принципу непорушності кордонів. Багато міжнародних договорів щодо кордонів містять положення щодо їх змін, щодо лінії проходження кордонів у певній місцевості. Важливо, щоб ці зміни відбувались у суворій відповідності із принципом суверенної рівності, були вираженням волі держави. Так, Мюнхенський договір 1938 р. був визнаний недійсним угодами між ФРН та державами Центрально-Східної Європи, укладеними в 70-х рр. XX ст. Положення Гельсінського заключного акта спрямовані на виключення можливості тиску або диктату, відродження в Європі реваншистських чи ревізіоністських ідей щодо територій або кордонів, подібних до тих, що призвели до найбільшої катастрофи в історії людства – Другої світової війни.

Принцип непорушності державних кордонів як імперативна норма міжнародного права склався у відносинах європейських держав, США і Канади. Деколи зазначають універсалізацію принципу непорушності кордонів і розширення його територіальної сфери дії за активної участі міжнародних організацій, що представляють основні правові системи світу (ООН, Африканський Союз, Рада Європи, Організація Ісламська конференція, Організація з безпеки і співробітництва у Європі). Звідси, зокрема, за допомогою звернення до opinio juris, яке відображають резолюції цих міжнародних організацій, приходять до висновку щодо універсального характеру принципу непорушності кордонів [45, с. 4]. Враховуючи загальність, однаковість тривалість практики держав з охорони державних кордонів, констатують існування цього принципу, що відображений у двосторонніх союзницьких договорах, статутах універсальних та регіональних політичних організацій [24, с. 63].

Згідно з іншою позицією для універсального міжнародного права характерний інститут державних кордонів, а принцип непорушності державних кордонів як універсальної імперативної норми в ньому ще не склався. Норми інституту державних кордонів є диспозитивними за своєю природою, створюються, як правило, на двосторонній основі і присвячені регулюванню конкретних питань, зокрема: встановленню, зміні державних кордонів, режиму прикордонної лінії, прикордонному режиму, порядку перетинання державних кордонів тощо.

У вказаному інституті діють і такі норми, як uti possidetis, принцип мовчазної згоди (як умова мовчазного визнання державного кордону), прин-

цип естоппеля (невизнання заперечень тих кордонів, які були раніше) тощо [5, с. 230–231].

Ці принципи не є імперативними нормами і не можуть вважатись такими, що мають вищу юридичну силу в універсальному міжнародному праві. Міжнародний Суд ООН при розв'язанні спорів із приводу державного кордону в кожному конкретному випадку приймав рішення на основі різних принципів: в англо-норвезькому спорі про риболовну зону (1951 р.) [64] і бельгійсько-голландському спорі про деякі прикордонні землі (1959 р.) [52, с. 290] – на основі принципу мовчазної згоди, в камбоджійсько-таїландському спорі про храм Преах Віхеар (1962 р.) – на основі принципу uti possidetis [53, с. 6], а Постійна палата міжнародного правосуддя, вирішуючи спір між Данією та Норвегією про Східну Гренландію, керувалась принципом естоппеля.

Незалежно від оцінок не піддається сумніву те, що принцип непорушності кордонів у Європі є імперативною нормою міжнародного права.

Дії Російської Федерації проти України в контексті принципу непорушності кордонів. Незважаючи на окремі розбіжності щодо змісту та спрямованості домовленостей, досягнутих Нарадою з безпеки і співробітництва в Європі у 1975 р., вона (Нарада) стала у певному сенсі кульмінацією розрядки міжнародної напруженості 70-х рр. XX ст., продемонструвала наявність можливостей і високу ефективність об'єднання зусиль різних держав в ім'я спільних інтересів миру і співпраці. Наступні зустрічі представників держав-учасниць НБСЄ, що відбулися в Белграді (1977–1978 рр.), Мадриді (1980–1983 рр.) та Відні (1986–1989 рр.), поступово сформували «гельсінський процес», що став символом діалогу та співпраці в роки другого витка «Холодної війни» і багато в чому сприяв пом'якшенню напруженості і налагодженню багатопланового співробітництва між Сходом та Заходом на рубежі 1980–1990-х рр. У листопаді 1990 р. глави держав-учасниць НБСЄ ухвалили Паризьку Хартію для нової Європи, що ознаменувала закінчення епохи «Холодної війни», в якій підтвердили прихильність принципам Гельсінського акта 1975 р. [27].

Відповідно, надалі утверджувались і принципи міжнародного права, закріплені в Акті, серед яких особливу роль відіграє принцип непорушності кордонів. Нині беззастережно визнається, що з точки зору сучасного міжнародного права, збереження територіальної цілісності держав – це найважливіше право, властиве суверенітету держави, яке означає здійснення всіх суверенних прав в їхній повноті у просторі, що визначений державними кордонами [28, с. 9]. Суб'єктами, які несуть загрозу територіальній цілісності, є, перш за все, іноземні держави, протиправні дії яких можуть виражатися в захопленні та окупації частини території держави, що ведуть до приєднання окупованої території до своєї території (анексія).

Протиправні дії іноземної держави можуть виражатися й у створенні в іншій державі шляхом здійснення політичних, економічних, організаційних та інших заходів таких умов, які можуть привести до дестабілізації ситуації в державі та її подальшого розпаду. Іншою загрозою є «сили в

межах самої держави, дії яких можуть привести до її розпаду. Ними можуть бути різного роду сепаратистські формування, народи, які борються за самовизначення. На практиці вони нерідко встановлюють контроль над певною частиною території. Однак це не означає, що суверенітет держави в її кордонах перестає діяти і вона втратила частину своєї території. Поява нових державних контурів можлива з настанням значущих відповідно до міжнародного права подій» [28, с. 21–22].

Саме такі події, що відповідали нормам міжнародного права та конституційного права СРСР, відбувались впродовж 1990–1991 рр.: крапку в існуванні Радянського Союзу поставила Угода про створення Співдружності Незалежних Держав від 8 грудня 1991 р. [42], в якій держави-засновниці Союзу РСР констатували, що він як суб'єкт міжнародного права і геополітична реальність припиняє своє існування.

Розпад Радянського Союзу зумовив необхідність встановлення кордонів між колишніми республіками. Цей процес відбувався відповідно до правила uti possidetis, сучасне розуміння якого закріпилось при визначенні меж нових незалежних держав у ході масової деколонізації після Другої світової війни. У 1964 р. Організація африканської єдності підтвердила застосування правила щодо кордонів африканських держав.

Дане правило неодноразово застосовувалося Міжнародним Судом ООН при вирішенні територіальних спорів. При цьому Суд підкреслював, що воно є загальновизнаною нормою міжнародного права. У 1986 р. МС ООН у справі «Буркіна-Фасо проти Малі» зазначив, що сутність принципу полягає в його первинній меті забезпечення поваги до територіальних кордонів на момент здобуття незалежності. Таке проведення кордонів може бути фактично просто розмежуванням між різними адміністративними одиницями або колоніями однієї держави. Застосування цього принципу призводить до того, що адміністративні кордони перетворюються на міждержавні кордони в повному сенсі цього слова. Палата Міжнародного Суду також підкреслила, що принцип uti possidetis повинен бути визнаний як «загальний принцип, який логічно пов'язаний з явищем отримання незалежності, де б це не відбувалося. Його очевидна мета полягає в запобіганні загрозам незалежності і стабільності нових держав, серед яких боротьба за територію» [67, с. 565–566]. Це правило використовувалось МС ООН і надалі, зокрема у справі про кордон між Беніном і Нігером 2005 р. [94].

Арбітражна комісія з Югославії, створена ЄС для вирішення спірних юридичних питань у зв'язку з розпадом СФРЮ, дійшла висновку, що з моменту розпаду федерації і набуття новоствореними державами незалежності внутрішні міжреспубліканські кордони перетворилися на міжнародні кордони відповідно до принципу uti possidetis. У Висновках № 2 Арбітражна комісія, розглядаючи питання про внутрішні кордони між Сербією та Хорватією, а також Сербією та Боснією і Герцеговиною, вказала, що незалежно від будь-яких обставин право на самовизначення не може і не повинно привести до змін вже існуючих кордонів при здобутті державою незалежності (uti possidetis juris), крім випадків, коли держави самі домо-

вилися про зміну своїх кордонів. У Висновках № 3 Арбітражна комісія, застосовуючи принцип uti possidetis до кордонів колишніх югославських республік, послалася на рішення Міжнародного Суду ООН у справі «Буркіна-Фасо проти Малі» 1986 р. [89].

Держави і міжнародні організації також підтримали непорушність внутрішніх республіканських кордонів СФРЮ. У Заяві щодо Югославії глав держав та урядів Північноатлантичної Ради від 8 листопада 1991 р. йшлося, що всі спроби змінити існуючі кордони шляхом застосування сили чи політики fait accompli (поставити перед доконаним фактом) неприйнятні і тому будь-які дії з односторонньої зміни вже існуючих кордонів визнаватися не будуть [51].

Таким чином, застосування принципу uti possidetis при встановлені кордонів між новими незалежними державами, які утворились при розпаді СРСР, а також кордонів між ними та державами-сусідами колишнього СРСР відповідало міжнародно-правовим нормам та практиці МС ООН.

Це визнавалось українською та російською доктриною міжнародного права. Так, І.Лукашук зазначав: «На основі принципу uti possidetis були визнані кордони між колишніми радянськими союзними республіками, незважаючи на те, що вони не завжди справедливі і не завжди правильно були свого часу встановлені» [22, с. 315]. В.Толстих вказав: «Застосування принципу uti possidetis при деколонізації Африки та Азії, розпаді СРСР, Югославії та Чехословаччини дозволяє зробити висновок, що він являє собою норму звичаєвого права [35, с. 852]. Ці твердження підтримувалися й іншими представниками науки.

Першим кроком у практичному врегулюванні питання встановлення кордонів між Україною та Росією стало підписання 19 листопада 1990 р. тоді ще союзними республіками двосторонньої угоди про співробітництво. У ній було прямо вказано, що обидві сторони поважають територіальну цілісність одна одної у нині існуючих межах СРСР (ст. 6) [11]. 12 вересня 1991 р. було прийнято Закон «Про правонаступництво України», у ст. 5 якого передбачено, що державний кордон Союзу РСР, який відмежовує Україну від інших держав, і кордон між Українською РСР, Білоруською РСР, Молдавською РСР і Російською Федерацією станом на 15 липня 1990 р. є державним кордоном України [14].

4 листопада 1991 р. було прийнято Закон України «Про державний кодон України», відповідно до якого державний кордон України визначається Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [21, с. 92–93]. Актом правонаступництва Російської Федерації відносно кордонів став Закон про державний кордон РФ від 5 квітня 1993 р., статтею 2 якого встановлено: «Державною кордоном Російської Федерації є кордон РРФСР, закріплений чинними міжнародними договорами і законодавчими актами колишнього СРСР» [13].

Ці принципи були визнані й у наступних двосторонніх україно-російських та багатосторонніх міжнародних договорах. У преамбулі Угоди про створення Співдружності Незалежних Держав (СНД) від 8 грудня 1991 р. зазна-

чено, що держави мають намір розвивати свої відносини на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Статтею 5 закріплено, що сторони визнають і поважають територіальну цілісність одна одної і недоторканність існуючих кордонів у рамках Співдружності [42].

Це було підтверджено в Алма-Атинській декларації від 21 грудня 1991 р., в якій сторони заявили про «визнання і повагу територіальної цілісності одна одної і непорушність існуючих кордонів» [2, с. 312].

У Будапештському меморандумі про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї 1994 р., вказано (ст. 1), що Російська Федерація, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії і Сполучені Штати Америки підтверджують Україні їх зобов'язання згідно з принципами Заключного акта НБСЄ поважати незалежність і суверенітет та існуючі кордони України [25, с. 603].

Край спекуляціям окремих російських політиків, які після розпаду Радянського Союзу заявляли про «несправедливість» і «неправомірність» приналежності Криму території України, було покладено у травні 1997 р., коли у підписаному президентами двох держав так званому «Великому договорі» – Договорі про дружбу, співробітництво та партнерство між Україною та Російською Федерацією 1997 р. – сторони підтвердили свою прихильність до норм міжнародного права, перш за все до цілей і принципів Статуту Організації Об'єднаних Націй, зобов'язань, які взяті в рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі (преамбула Договору), зобов'язались поважати територіальну цілісність одна одної і підтвердили непорушність існуючих між ними кордонів (ст. 2) [12, с. 518].

Визнання відповідних зобов'язань РФ підкреслювалось і твердженнями радикальних російських діячів, що протестували проти укладення та ратифікації договору. Так, К. Затулін та О. Севастьянов вказували, що «договором було юридично закріплено відторгнення від Росії значних історично і стратегічно важливих територій,... утвердження раніше єдиного російського народу як розділеної нації» [16]. Подібні оцінки висловлювали й інші противники «Великого договору» (А. Тулєєв, С. Бабурін, О. Мітрофанов, О. Румянцев, Г. Тіхонов), що визнавали і юридичне закріплення кордонів між державами, і неможливість у майбутньому повертатися до питань про Крим та Севастополь. На значення територіального аспекту договору вказував і тодішній міністр закордонних справ України Г. Удовенко, підкреслюючи, що його сенс – у підтвердженні територіальної цілісності України, закриття «на вічні часи» питання про Севастополь і Крим [26].

Укладені в той же час україно-російські договори щодо базування Чорноморського флоту РФ у Криму (Угода про статус та умови перебування Чорноморського флоту Російської Федерації на території України [41], Угода між урядами про взаємні розрахунки, пов'язані з поділом Чорноморського флоту та перебуванням Чорноморського флоту Російської Федерації на території України [40], Угода про параметри поділу Чорноморського флоту) [39] також виходили з принципів цілісності території України та непорушності її кордонів.

У Договорі між Україною і Російською Федерацією про українсько-російський державний кордон від 28 січня 2003 р. сторони засвідчили відданість цілям і принципам Статуту Організації Об'єднаних Націй, положенням Гельсінського Заключного акта, Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією 1997 р. та визначили, що державний кордон проходить так, як це зазначено в Описі проходження державного кордону між Україною та Російською Федерацією (Додаток 1) і зображено суцільною лінією червоного кольору на картах державного кордону між Україною та Російською Федерацією (Додаток 2) [10, с. 293].

У жовтні 2011 р. було укладено міжурядові угоди, пов'язані з перетином україно-російського кордону: Угоду про співробітництво і взаємодію у сфері розбудови пунктів пропуску через україно-російський державний кордон [36, с. 968], Угоду про порядок перетинання україно-російського державного кордону жителями прикордонних регіонів України та Російської Федерації [37, с. 397] та Угоду про співробітництво під час здійснення спільного контролю осіб, транспортних засобів і товарів на україно-російському державному кордоні [38, с. 332].

Положення міжнародних договорів щодо україно-російського державного кордону, приналежність Україні тих чи інших територій жодного разу не ставились Росією під сумнів. Це багато разів у різних контекстах підтверджувалось керівництвом РФ. Ще 4 березня 2014 р. президент В. Путін заявляв, що варіант приєднання Криму до Росії не розглядається [33]. Однак це відбувалось уже на тлі російської військової агресії на півострові, усі ознаки якої визнав сам В. Путін 17 квітня 2014 р. [31] та 24 жовтня 2014 р. [15].

Подальші події відомі: відбулись «референдум» 16 березня 2014 р. та анексія Кримського півострова. Юридичне оформлення анексії було проведено шляхом видання Указу Президента РФ «Про визнання Республіки Крим» від 17 березня 2014 р., підписання 18 березня 2014 р. «Договору про прийняття в Російську Федерацію Республіки Крим та утворення у складі Російської Федерації нових суб'єктів» [30], ратифікації цього «договору» парламентом РФ [43] і ухвалення Федерального конституційного закону «Про прийняття в Російську Федерацію Республіки Крим та утворення у складі Російської Федерації нових суб'єктів Республіки Крим та міста федерального значення Севастополя» [44].

Нині Російська Федерація de facto здійснює військову окупацію частини Донецької і Луганської областей (що підтверджується численними доказами) [84; 34; 17; 3], хоча не визнає цього, та не збирається припиняти свої протиправні дії.

Впродовж 2014 року РФ грубо порушує всі основні принципи міжнародного права, численні міжнародні зобов'язання як перед Україною, так і перед іншими державами, а також зобов'язання erga omnes. Серед найбільш небезпечних – нехтування принципом непорушності кордонів у Європі. «Приєднання» Кримського півострова стало першим актом анексії, вчиненим у регіоні не лише після закріплення принципу непорушності

кордонів держав континенту як імперативної норми міжнародного права, а й загалом після завершення Другої світової війни, причиною якої і стали подібні дії гітлерівської Німеччини.

Здійснивши анексію Криму та військову окупацію частини Луганської та Донецької областей, Російська Федерація нехтує всіма зобов'язаннями, передбаченими принципом непорушності кордонів: визнавати непорушність кордонів усіх держав Європи; відмовитися від будь-яких територіальних домагань або дій, спрямованих на окупацію частини або всієї території будь-якої держави; відмовитися від будь-яких зазіхань на наявні кордони; змінювати свої кордони тільки за взаємною згодою відповідних держав.

РФ порушує і встановлену цим принципом заборону будь-яких територіальних домагань, претензій щодо кордонів, ініціювання, підбурювання, підтримки реваншистських ідей та рухів, будь-яких інших спроб перегляду кордонів та підриву міжнародних угод щодо існуючих у Європі кордонів. Дії російської сторони повертають до часів тиску та диктату, спрямовані на відродження реваншистських і ревізіоністських ідей щодо територій та кордонів, подібних до тих, що призвели до Другої світової війни, словом, містять ознаки усіх діянь, що прямо заборонені принципом непорушності кордонів.

Порушення Російською Федерацією принципів територіальної цілісності та непорушності кордонів не викликає сумніву і було підтверджено міжнародним співтовариством у низці актів усіх інституцій, діяльність яких пов'язана з відповідними питаннями. Йдеться насамперед про Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН від 27 березня 2014 р., підтриману практично всіма державами Європи, Рішення Ради ЄС від 17 березня 2014 р., Гаазьку декларацію Великої сімки від 24 березня 2014 р., Резолюцію Парламентської Асамблеї Ради Європи від 9 квітня 2014 р., Резолюцію Парламентської Асамблеї ОБСЄ від 1 липня 2014 р.

У Рішенні Ради ЄС 2014/145/CFSP щодо введення обмежувальних заходів у зв'язку з діями, що створюють загрозу або підривають територіальну цілісність, суверенітет і незалежність України, від 17 березня 2014 р. вказано на рішуче засудження нічим не спровокованого порушення Російською Федерацією українського суверенітету і територіальної цілісності, міститься заклик до РФ негайно вивести свої збройні сили на місця їх постійної дислокації, згідно з відповідними договорами, а також заклик забезпечити безпосередній доступ міжнародним спостерігачам. Рада ЄС вказала й на те, що рішення Верховної Ради Автономної Республіки Крим провести референдум про майбутній статус території суперечить Конституції України і, отже, він незаконний [58, с. 16].

У Гаазькій декларації Великої сімки від 24 березня 2014 р. було вказано на засудження сторонами протизаконної спроби Росії анексувати Крим усупереч міжнародному праву та конкретним міжнародним зобов'язанням, невизнання ані референдуму, ані спроби анексії (п. 1). Зазначено, що РФ має шанувати територіальну цілісність та суверенітет України, почати дискусії з Урядом України та відкритися пропозиціям щодо міжнародного

посередництва та моніторингу, які б спрямовувалися на розв'язання будь-яких законних занепокоєнь (п. 4) [109].

У Резолюції «Територіальна цілісність України» № 68/262 від 27 березня 2014 р. ГА ООН, серед іншого, підтвердила свою прихильність суверенітету, політичній незалежності, єдності і територіальній цілісності України в її міжнародно визнаних кордонах, а також закликала всі держави відмовитися й утримуватися від дій, спрямованих на часткове або повне порушення національної єдності і територіальної цілісності України, в тому числі будь-яких спроб змінити кордони України за допомогою загрози силою, або її застосування, або інших незаконних засобів [98].

У Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи «Останні події в Україні: загрози функціонуванню демократичних інституцій» № 1988 від 9 квітня 2014 р. вказано (п. 16): «Так званий референдум, який був організований в Криму 16 березня 2014 р., є неконституційним згідно з конституціями Криму та України. Крім того, повідомлення про явку та його результати неправдоподібні. Результат цього референдуму і незаконна анексія Криму Російською Федерацією, отже, не мають юридичної сили і не визнаються Радою Європи. Асамблея підтверджує свою рішучу підтримку незалежності, суверенітету і територіальної цілісності України» [99].

Окремо слід відзначити Резолюцію ПА ОБСЄ «Очевидне, грубе і невиправлене порушення принципів Гельсінкі Російською Федерацією» від 1 липня 2014 р., в якій держави-учасники підтвердили прихильність принципам ОБСЄ, в тому числі принципу непорушності кордонів, заявили про тверду підтримку суверенітету, політичної незалежності, єдності та територіальної цілісності України, як це визначено Конституцією країни, і в її міжнародно-визнаних кордонах та нагадали, що Російська Федерація як держава-учасник Організації з безпеки і співробітництва в Європі зобов'язалася поважати принципи, що містяться в Заключному акті 1975 р., якими держави-учасники повинні керуватися у взаємних відносинах. У зв'язку з цим держави ОБСЄ заявили, що з лютого 2014 р. РФ:

– порушила всі десять гельсінських принципів, причому деякі з них очевидним, грубим і до цих пір невиправленим способом;

– порушує свої взяті за Будапештським меморандумом зобов'язання, як і інші міжнародні зобов'язання;

– здійснила насильницьку анексію Криму;

– здійснює військову агресію і різні форми примусу, спрямовані на утиск властивих суверенітету України прав на догоду власним інтересам;

– продовжує порушувати свої міжнародні зобов'язання, висувати незаконні зазіхання на східну частину України, як вона вже робила раніше й загрожує і надалі чинити відносно інших держав-учасників [100].

Як було продемонстровано на прикладі низки історичних подій, Європа пройшла надзвичайно важкий і тривалий шлях, упродовж якого відбувались численні війни за території, що призводили до мільйонів жертв, до того, як принцип територіальної цілісності і непорушності кордонів утвердився як основа миру та безпеки на континенті. Нівелюючи величезні

зусилля держав регіону, докладені для встановлення та зміцнення цих принципів, Російська Федерація, без перебільшення, ставить під загрозу майбутнє Європи.

Одним із наслідків російської агресії проти нашої держави є девальвація принципу непорушності кордонів. Дії РФ повертають Європу до часів силового захоплення територій на основі реваншистський ідей і можуть стати орієнтиром для інших держав, що, посилаючись на цей приклад, здійснюватимуть акти агресії, покладаючись лише на власні уявлення про те, що їм має належати та чи інша територія якоїсь із суверенних держав. Це може призвести до серйозних збройних конфліктів і руйнування системи безпеки, яка ґрунтується на визнанні територіальної цілісності та непорушності кордонів. Історичні приклади наочно демонструють високий потенціал конфліктів саме у європейському регіоні, пов'язаних, зокрема, і з тим, що кордони держав не завжди співпадають із межами розселення етносів.

Таким чином, хоча російська агресія поставила дуже серйозні виклики перед усім світовим співтовариством, у першу чергу це стосується держав Європи. Подіями 2014 р. продемонстровано, що центральною для континенту залишається проблема забезпечення миру і безпеки, і в цьому контексті головним є питання збереження непорушності державних кордонів. Усвідомлення небезпеки російської агресії для всього регіону, згортання співробітництва, введення обмежень, запровадження санкцій проти РФ продемонстрували прагнення держав відстояти принципи міжнародного права, які поставлені під загрозу. Досвід минулого переконливо свідчить, що спільні дії повинні бути активізовані, адже політика «умиротворення агресора» призведе лише до продовження протиправних дій та подальшої ескалації.

Література

1. Аблаев Ю. М. История становления и развития государственной границы на Северо-Западе Российской Федерации X – XX вв. : автореферат дис. ... доктора исторических наук : спец. 07.00.02 «Отечественная история» / Аблаев Юрий Михайлович. – Санкт-Петербург, 2011 – 37 с.
2. Алма-Атинська декларація // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1992. – № 1. – С. 312.
3. Бакланов А. Российские офицеры проводят отпуск в Донецке / А. Бакланов // Сноб. – 2014. – 28 августа [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://snob.ru/selected/entry/80277.
4. Большой юридический словарь / авт.-сост. В. Н. Додонов и др. ; под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М. : ИНФРА-М, 1997. – 790 с.
5. Буткевич В. Г. Основні принципи міжнародного права / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В.Г. Буткевича // Міжнародне право. Основи теорії : [підручник для студ. вищ. навч. закладів, що навчаються за спец. «Міжнародне право», «Міжнародні відносини»]. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.
6. Буткевич О. В. Історія міжнародного права : [підручник] / О. В. Буткевич. – К. : Ліра-К, 2013. – 416 с.
7. Буткевич О.В. Міжнародне право Стародавнього Світу / О. В. Буткевич. – К. : Україна, 2004. – 863 с.
8. Буткевич О. В. Формирование международной договорной практики периода средневековья /О. В. Буткевич. // Государство и право. – 2011. – № 6. – С. 76–86.

9. Волова Л. И. Принципы территориальной целостности государств и нерушимости границ: Нормативное содержание и соотношение / Л. И. Волова // Правоведение. – 1984. – № 1. – С. 30–37.
10. Договір між Україною і Російською Федерацією про українсько-російський державний кордон від 28.01.2003 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 22. – С. 293. – ст. 1537.
11. Договір між Українською Радянською Соціалістичною Республікою і Російською Радянською Федеративною Соціалістичною Республікою від 19.11.1990 // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1990. – № 49. – ст. 637.
12. Договір про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією від 31.05.1997 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 20. – С. 518. – ст. 931.
13. Закон РФ от 01.04.1993 № 4730-1 (ред. от 31.12.2014) «О Государственной границе Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – № 17. – ст. 594.
14. Закон України «Про правонаступництво України» від 12.09.1991 № 1543-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – ст. 617.
15. Заседание Международного дискуссионного клуба «Валдай» // Президент России – 2014. – 24 октября [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://kremlin.ru/transcripts/46860.
16. Затулин К. «Дружба, сотрудничество и партнерство» между Россией и Украиной / К. Затулин, О. Севастьянов // Независимая газета. – 2001. – № 17 (2327).
17. Интервью Всеволода Козлова, отца десантника Николая Козлова // Эхо Москвы – 2014. – 3 сентября [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.echo.msk.ru/programs/beseda/1392680-echo/.
18. Итоги империалистической войны. Серия мирных договоров. Ч. I. Версальский мирный договор ; полн. пер. с франц. под ред. Ю.В. Ключникова и А. Сабанина. – М. : Издание Литиздата НКИД, 1925. – xxxi, 199 с.
19. Каналат А. Международно-правовое регулирование территориальных споров между государствами Аравийского полуострова : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Международное право. Европейское право» / Аль-Амри Мохамед Саид Мохамед Каналат. – Казань, 2004. – 24 с.
20. Клименко Б.М. Государственная территория. Вопросы теории и практики международного права / Б. М. Клименко. – М. : Междунар. отношения, 1974. – 167 с.
21. Лажнік В. Й. Проблеми делімітації та демаркації морських кордонів в Азовському морі та Керченській протоці / В. Й. Лажнік, І. М. Гордун // Наук. вісн. Волин. нац. ун-ту ім. Лесі Українки. – Луцьк, 2009. – № 11 : Міжнародні відносини. – С. 89–98.
22. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : [учеб. для студентов юрид. фак. и вузов] / Игорь Иванович Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 432 с.
23. Лукин Е. Е. Международное право / Евгений Евгеньевич Лукин. – М., 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://be5.biz/pravo/mlee/toc.htm.
24. Международное публичное право : [учебник для вузов по специальности 021100 «Юриспруденция»] / [Л.П. Ануфриева, К.А. Бекяшев, М.Е. Волосов и др.]; под ред. К.А. Бекяшева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2003. – 636 с.
25. Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 05.12.1994 // Зібрання чинних міжнародних договорів України 2004 р. – № 4. – Книга 2. – С. 603. – ст. 1034.
26. Мироненко В.И. Российско-украинские отношения в 1991 – 2001 гг. Историографический очерк / Виктор Иванович Мироненко ; РАН, Институт Европы. – М., 2004. – 161 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://vimironenko.narod.ru/sci/sci0002/sci0002.htm#_ftnref136.
27. О Совещании по Безопасности и Сотрудничеству в Европе // Министерство иностранных дел РФ / Историко-документальный департамент. Дипломатия России: от посольского приказа до наших дней [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.idd.mid.ru/inf/inf_10.html.
28. Остроухов Н.В. Территориальная целостность государств в современном международном праве и ее обеспечение в Российской Федерации и на постсоветском пространстве: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.10 «Международное право. Европейское право» / Николай Викторович Остроухов. – М. : РУДН, 2010. – 61 с.
29. Очерки истории Министерства иностранных дел России. 1802–2002 : в 3-х т. / ред. колл. И. Иванов (председ.) А. Ю. Мешков, В. М. Гринин, В. П. Козлов, И. А. Мелихов [и др.]. – М. : ОЛМА-ПРЕСС, 2002. – Т. 2. – 624 с.

30. Подписан Договор о принятии Республики Крым в Российскую Федерацию // Президент России. – 2014. – 18 марта [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://kremlin.ru/news/20604.
31. Путин: наши военные «встали за спиной» самообороны Крыма // Русская служба BBC. – 2014. – 17 апреля [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2014/04/140417_putin_phone_line.
32. Секретный дополнительный протокол к Договору о ненападении между Германией и Советским Союзом. 23 августа 1939 г. // Документы XX века [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://doc20vek.ru/node/953.
33. Смирнов Д. Владимир Путин: Россия не собирается присоединять Крым и вводить войска на Украину / Д. Смирнов, М. Черняк, А. Галеев // Комсомольская правда – 2014. – 4 марта [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.kp.ru/daily/26201/3088433/.
34. Солопов М. Расследование РБК: откуда на Украине российские солдаты // Россбизнесконсалтинг. – 2014. – 2 февраля [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://top.rbc.ru/politics/02/10/2014/542c0dcfcbb20f5d06c1d87a.
35. Толстых В. Л. Курс международного права : [учебник] / Владислав Леонидович Толстых. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 1032 с.
36. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво і взаємодію у сфері розбудови пунктів пропуску через україно-російський державний кордон від 18.10.2011 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 65. – Том 2. – С. 968. – ст. 2699.
37. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про порядок перетинання україно-російського державного кордону жителями прикордонних регіонів України та Російської Федерації від 18.10.2011 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – С. 397. – ст. 1416.
38. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво під час здійснення спільного контролю осіб, транспортних засобів і товарів на україно-російському державному кордоні від 18.10.2011 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 98. – С. 332. – ст. 3995.
39. Угода між Україною і Російською Федерацією про параметри поділу Чорноморського флоту від 28.05.1997 (в ред. від 21.04.2010) // «Дипломатический вестник» МИД Российской Федерации. – 1997. – № 8.
40. Угода між урядами про взаємні розрахунки, пов'язані з поділом Чорноморського флоту та перебуванням Чорноморського флоту Російської Федерації на території України від 28.05.1997 (в ред. від 21.04.2010) // «Дипломатический вестник» МИД Российской Федерации. – 1997. – № 8.
41. Угода про статус та умови перебування Чорноморського флоту Російської Федерації на території України від 28.05.1997 (в ред. від 20.10.2010) // «Дипломатический вестник» МИД Российской Федерации. – 1997. – № 8.
42. Угода про створення Співдружності Незалежних Держав 08.12.1991 // «Содружество» (информационный вестник СНГ). – № 1. – Минск, 1992.
43. Федеральный закон Российской Федерации от 21.03 2014 № 36-ФЗ «О ратификации Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов» // Российская газета – Федеральный выпуск. – 2014. – № 6338. – 24 марта.
44. Федеральный конституционный закон Российской Федерации от 21.03.2014 № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // Российская газета – Федеральный выпуск. – 2014. – № 6338. – 24 марта.
45. Цимбрівський Т.С. Дотримання принципів територіальної цілісності та непорушності кордонів у міжнародному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Тарас Степанович Цимбрівський. – К., 2008. – 18 с.
46. Aust A. Modern Treaty Law and Practice. 3rd Edition / Anthony Aust. – Cambridge University Press, 2014. – 516 p.
47. Beckman R. Introduction to International Law / Robert Beckman, Dagmar Butte // International Law Students Association [Electronic resource]. – 12 p. – Mode of access : http://www.ilsa.org/jessup/intlawinto.pdf.
48. Blum J. The European World: A History. 2nd edition / Jerome Blum, Rondo E. Cameron, Thomas Garden Barnes. – Boston : Little, Brown and Company, 1970. – 1219 p.

49. Bowett D. W. Self-Defence in International Law / Derek William Bowett. – Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange, Ltd., 2009. – xv, 294 p.; Originally published: New York: Praeger, 1958.
50. Brown P. The Cold War 1945 – 1991. Detente / Paul Brown // Charles Sturt University [Electronic resource]. – Mode of access: http://hsc.csu.edu.au/modern_history/international_studies/cold_war/3273/detente.htm#anchor47723872.
51. Carter D. The Making of the Territorial Order: New Borders and the Emergence of Interstate Conflict / Carter D., Goemans H. / University of Rochester. – 2009. – March 30. – 42 p. [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.rochester.edu/college/faculty/hgoemans/Publications/NewBorders34.info.pdf/.
52. Case concerning sovereignty over certain Frontier Land. Judgment of 20 June 1959. – I.C.J. Reports, 1959. – P. 290.
53. Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962. – I.C. J. Reports, 1962. – P. 6.
54. Charter of the United Nations and ICJ // UN official site [Electronic resource]. – Mode of access : http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf.
55. Conference on Security and Co-operation in Europe 1975. Final Act // OSCE official site. – Helsinki, 1975. – 59 p. [Electronic resource]. – Mode of access : https://www.osce.org/mc/39501?download=true.
56. Convention on Rights and Duties of States (Inter-American), Montevideo, 26 December 1933 // ROHAN Academic Computing: San Diego State University [Electronic resource]. – Mode of access: http://www-rohan.sdsu.edu/dept/polsciwb/brianl/docs/1933MontevideoConvention.pdf.
57. Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949. – I.C.J. Reports 1949. – P. 4.
58. Council Decision 2014/145/CFSP of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine // Official Journal of the European Union. – L 78. – vol. 57. – 17.03.2014.
59. Dean J. Military Security in Europe / Jonathan Dean // Foreign Affairs. – Fall 1987 [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.foreignaffairs.com/articles/42524/jonathan-dean/military-security-in-europe.
60. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. Adopted by UN General Assembly on 24 October 1970. A/RES/25/2625 // UN Documents. Gathering a body of global agreements [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.un-documents.net/a25r2625.htm.
61. Dugard J. International Law: A South African Perspective. 3d ed. / John Dugard. – Johannesburg, South Africa: Juta, 2006. – 632 p.
62. European treaties bearing on the history of the United States and its dependencies to 1648 / Edited by Frances Gardiner Davenport. – Washington D.C. : Carnegie Institution of Washington, 1917. – 387 p.
63. Excerpts from the Report on the Potsdam Conference (Potsdam Agreement) (August 2, 1945) // German History in Documents and Images (GHDI) [Electronic resource]. – Mode of access : http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=2299.
64. Fisheries case. Judgment of December 12th, 1951. – I.C.J. Reports, 1951. – P. 116.
65. Foreign relations of the United States, 1946. Paris Peace Conference: documents. – Volume IV. – Washington : U.S. Government Printing Office, 1970. – viii, 956 p.
66. From Helsinki to Vienna: Basic Documents of the Helsinki Process / ed. by Arie Bloed. – Dordrecht/Boston/London : Martinus Nijhoff Publishers, 1990. – xiv, 285 p.
67. Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986 // I.C.J. Reports 1986. – P. 554–651.
68. Gehler M. Three Germanies: West Germany, East Germany and the Berlin Republic / Michael Gehler. – London : Reaktion Books, 2011. – 336 p.
69. Hakkarainen P. A State of Peace in Europe: West Germany and the CSCE, 1966-1975 / Petri Hakkarainen. – Berghahn Books, 2011. – 304 p.
70. Hargrove J. Tomb of the Unknowns / Julia Hargrove. Teaching & Learning Company, 2003. – iv, 48 p.
71. International Law. Historical development // Encyclopedia Britannica [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233496/Historical-development.

72. Jarrett M. The Congress of Vienna: War and Great Power Diplomacy after Napoleon / Mark Jarrett. – London-NY : I.B.Tauris, 2013. – 522 p.
73. Joint Communiquй, Moscow, 1972 // The Washington Post [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.washingtonpost.com/wp-srv/inatl/longterm/summit/archive/com1972-1.htm.
74. Karen Z. Those Extraordinary Women of World War 1 / Karen Zeinert. – The Millbrook Press Inc., 2001. – 96 p.
75. Krasno J. E. The United Nations: Confronting the Challenges of a Global Society / ed. by Jean E. Krasno. – Lynne Rienner Publishers, 2004. – 430 p.
76. Locarno Treaties of 1925. – League of Nations Treaty Series. – Vol. 54. – 1926–1927. – P. 290.
77. Medieval Wars 500–1500. The Encyclopedia of Warfare. – Amber Books Ltd, 2012. – 321 p.
78. Moore J. B. Costa Rica Panama Arbitration: Memorandum on Uti Possidetis / John Bassett Moore. – Rosslyn, VA: The Commonwealth Co., Printers, 1913. – 51 p.
79. Movchan A. Development of the Principle of the Inviolability of Frontiers / Anatolii□ Petrovich Movchan // Problems of boundaries and security in the Helsinki Declaration – Leiden, the Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1979. – 399 p.
80. Mьllerson R. The Principle of the Non-Use of Force in the Modern World / Rein Mьllerson // The Non-Use of Force in International Law /ed. by Butler W. E. – The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1989 – 250 p. – P. 29–38.
81. Munich Pact September 29, 1938 (Agreement concluded at Munich, September 29, 1938, between Germany, Great Britain, France and Italy) // Yale Law School [Electronic resource]. – Mode of access : http://avalon.law.yale.edu/imt/munich1.asp.
82. Mьnsterscher Friedensvertrag (Instrumentum Pacis Monasteriensis, IPM) [Volltext] // Westfalische Geschichte [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=741&url_tabelle=tab_quelle.
83. Naimark N. The Russians in Germany: A History of the Soviet Zone of Occupation, 1945-1949 / Norman M. Naimark. – Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1995. – xv, 586 p.
84. NATO releases satellite imagery showing Russian combat troops inside Ukraine // Ministry for Foreign Affairs of Ukraine [Electronic resource]. – Mode of access : http://mfa.gov.ua/en/news-feeds/foreign-offices-news/27224-nato-releases-satellite-imagery-showing-russian-combat-troops-inside-ukraine.
85. O'Connell D.P. International Law. In two volumes / Daniel Patrick O'Connell. – 2nd ed. – vol. I. – London : Stevens & Sons Ltd, 1970.– 595 p.
86. Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace (2 vols.) / edited by Jennings R.Y., Watts A.D. – 9th ed. – Oxford University Press, 2008. – 2887 p.
87. Osnabrьcker Friedensvertrag (Instrumentum Pacis Osnabrugensis, IPO) [Volltext] // Westfalische Geschichte [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=740&url_tabelle=tab_quelle.
88. Parodi C. The Politics of South American Boundaries./ Carlos A. Parodi. – Westport, CT: Praeger Publishers, 2002. – 192 p.
89. Pellet A. The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples / Alain Pellet // European Journal of International Law. – 1992. – № 3 (1). – P. 178–185.
90. Phillipson C. Termination of War and Treaties of Peace / Coleman Phillipson. – London: Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange, Ltd., 2008. – 486 p.
91. Phillipson C. Wheaton's Elements of International Law : 5th ed. / Coleman Phillipson. – London, Stevens and sons, limited; New York, Baker, Voorhis & co., 1916. – xliv, 901 p.
92. Pratt M. Boundary-Making: challenges and opportunities [Electronic resource] / Martin Pratt // Durham University website. – 28 p. [Electronic resource. – Mode of access : https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/thailand/ibru_1.pdf.
93. Quadripartite Agreement on Berlin (Berlin, 3 September 1971) // The Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE) [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.cvce.eu/obj/quadripartite_agreement_on_berlin_berlin_3_september_1971-en-9bfcb5f5-8e0d-46ee-9f7f-8e9a7c945fa7.html.
94. Radan P. Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission / Peter Radan // Melbourne University Law Review. – 2000. – № 24 (1). – P. 50–76.

95. Rasor E. Winston S. Churchill. 1874-1965: a Comprehensive Historiography and Annotated Bibliography / Eugene L. Rasor. – Series: Bibliographies of World Leaders (Book 6). – Westport, CT : Greenwood Publishing Group, 2000. – 736 p.
96. Ratner S. Drawing a Better Line: Uti possidetis and the Borders of New States / Steven R. Ratner // The American Journal of International Law. – 1996. – vol. 30. – № 90 (4). – P. 590–624.
97. Report of the International Court of Justice: 1 August 1985 – 31 July 1986. // United Nations. – New York, 1986. – 23 p.
98. Resolution adopted by the General Assembly on 27 March 2014 [without reference to a Main Committee (A/68/L.39 and Add.1)]. 68/262. Territorial integrity of Ukraine // United Nations official site [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/262&referer=http://www.un.org/en/ga/68/resolutions.shtml&Lang=E.
99. Resolution 1988 (2014) of PACE. Recent developments in Ukraine: threats to the functioning of democratic institutions // Parliamentary Assembly of the Council of Europe official site. – 2014. – April 9 [Electronic resource]. – Mode of access : http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20873&lang=EN.
100. Resolution on Clear, Gross and Uncorrected Violations of Helsinki Principles by the Russian Federation / Baku Declaration and Resolutions adopted by the OSCE Parliamentary Assembly at the 23th Annual Session // OSCE Parliamentary Assembly official site. – 2014. – 28 June-2 July [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.oscepa.org/meetings/annual-sessions/2014-baku-annual-session/2014-baku-final-declaration/1850-06.
101. Sadigbayli R. Codification of the inviolability of frontiers principle in the Helsinki Final Act: Its purpose and implications for conflict resolution / Rovshan Sadigbayli // Security and Human Rights. – Volume 24. – Issue 3-4. – P. 392–417.
102. Shaw M. The Heritage of States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today / Malcolm Shaw // British Yearbook of International Law 1996. – P. 67-97.
103. Shlaim A.The United States and the Berlin Blockade, 1948-1949: A Study in Crisis Decision-making / Avi Shlaim. – University of California Press, 1983. – 463 p.
104. Signing of the Helsinki Final Act // OSCE official site [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.osce.org/who/43960.
105. Taylor A.J.P. A Century of Conflict, 1848–1948 [in 5 vol.] : The First World War and its aftermath, 1914–1919 / Alan John Percivale Taylor. – Vol. 3 – London: Folio Society, 1998. – 422 p.
106. The Basic Treaty (December 21, 1972) // German History Institute [Electronic resource]. – Mode of access : http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/print_document.cfm?document_id=172.
107. The Covenant of the League of Nations (Including Amendments adopted to December, 1924) // Yale Law School [Electronic resource]. – Mode of access : http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp.
108. The German-Soviet Non-Aggression Treaty (August 23, 1939) // German History in Documents and Images (GHDI) [Electronic resource]. – Mode of access : http://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1545.
109. The Hague Declaration // The White House official site. – 2014. – March 24 [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/03/24/hague-declaration.
110. The Treaty of Prague 1973 // The Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE) [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.cvce.eu/obj/the_treaty_of_prague_11_december_1973-en-0714c937-28b6-452a-86d2-ed164f64fcae.html.
111. The Warsaw pact declaration on 12 July 1966 // Survival: Global Politics and Strategy. – 1966. – Volume 8. – Issue 9. – P. 289–293.
112. Thompson W. Nordic, Central, and Southeastern Europe. The World Today Series 2014-2015 : 14th edition / Wayne C. Thompson. – Lanham, MD : Rowman & Littlefield Publishers, 2014. – 588 p.
113. Treaty between the United States and other Powers providing for the renunciation of war as an instrument of national policy. Signed at Paris, August 27, 1928 // United States Statutes at Large. – Volume 46. – Part 2. – P. 2343. [Electronic resource]. – Mode of access : https://archive.org/details/UnitedStatesStatutesAtLargeVolume46Part2.
114. Treaty of Moscow (August 12, 1970) // German History in Documents and Images

(GHDI) [Electronic resource]. – Mode of access : http://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=919.
115. U.S. Foreign Policy and National Security: Chronology and Index for the 20th Century / Ed. by Robert T. Davis II. – U.S. foreign policy and national security. – Santa Barbara, Calif. : Praeger Security International, 2010. – xxxii, 801p.
116. Were they always called World War I and World War II // The History. – 2013 – March 6 [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.history.com/news/ask-history/were-they-always-called-world-war-i-and-world-war-ii.
117. Williamson D. Access to History: Europe and the Cold War 1945-1991 : 2nd ed. / David Williamson. – Hodder Education, 2006. – 208 p.

Анотація

Задорожній О. В. **Міжнародно-правовий принцип непорушності кордонів у Європі та агресія Російської Федерації проти України.** – Стаття.

Стаття присвячена аналізу юридичного змісту основного принципу міжнародного права непорушності кордонів у Європі та кваліфікації дій Російської Федерації стосовно України починаючи з лютого 2014 року як порушення цього основоположного принципу міжнародного права. У результаті аналізу анексії Автономної Республіки Крим та агресивних дій Російської Федерації на Сході України доведено, що Росія у своїй діяльності стосовно України є порушником цього та інших основних принципів міжнародного права.

Ключові слова: основні принципи міжнародного права, принцип непорушності кордонів у Європі, агресія Російської Федерації проти України, агресивна війна, порушення основних принципів міжнародного права.

Аннотация

Задорожний А. В. **Международно-правовой принцип нерушимости границ в Европе и агрессия Российской Федерации против Украины.** – Статья.

Статья посвящена анализу юридического содержания основного принципа международного права нерушимости границ в Европе и квалификации действий Российской Федерации в отношении Украины начиная с февраля 2014 как нарушения этого основополагающего принципа международного права. В результате анализа аннексии Автономной Республики Крым и агрессивных действий Российской Федерации на Востоке Украины доказано, что Россия в своей деятельности в отношении Украины является нарушителем этого и других основных принципов международного права.

Ключевые слова: основные принципы международного права, принцип нерушимости границ в Европе, агрессия Российской Федерации против Украины, агрессивная война, нарушение основных принципов международного права.

Summary

Zadorozhny A. V. **International legal principle of inviolability of borders in Europe and the Russian Federation aggression against Ukraine.** – Article.

The paper analyzes the legal content of the basic principle of international law inviolability of borders in Europe and the qualification of the Russian Federation regarding Ukraine since February 2014 as a violation of this basic principle of international law. In analyzing the annexation of the Crimean Autonomous Republic and the aggressive actions of the Russian Federation to the East of Ukraine prove that Russia in its activities concerning Ukraine is an infringer of this and other fundamental principles of international law.

Key words: basic principles of international law, principle of inviolability of borders in Europe, Russian aggression against Ukraine, aggressive war, violations of the fundamental principles of international law.

УДК 341.645.2:35.086:343.352

М. В. Лошицький, О. Ю. Дрозд

РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ПЕРСПЕКТИВА БОРОТЬБИ З АДМІНІСТРАТИВНИМИ КОРУПЦІЙНИМИ ПРАВОПОРУШЕННЯМИ

Постановка проблеми. Сьогодні була, є і залишається невирішеною проблема щодо імплементації міжнародно-правових норм у боротьбі з корупцією на національному рівні. Забезпечення фундаментальних прав і свобод здійснюється відповідно до ч. 2 ст. 8 Конституції України, де затверджено її найвищу юридичну силу, що закріплює пріоритет над тлумаченням Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) [1]. Але це не повинно мати радикальний характер у ставленні до міжнародного права і має узгоджуватися з практикою Страсбурзького Суду, а також є не зайвим згадати про те, що ЄСПЛ встановлює міжнародні стандарти, які є стандартами побудови правової держави і не можуть суперечити європейському мінімуму.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням корупційних діянь як соціально-негативного явища займалися такі вчені, як В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, В.В. Богуцький, О.В. Бандурка, Ю.В. Грошовий, І.С. Данишин, Є.Б. Дидоренко, С.С. Гнатюк, С.М. Гусаров, Е.Ф. Демський, Є.В. Додін, А.П. Закалюк, В.Т. Зеленецький, М.В. Лошицький, В.С. Литвиненко, М.І. Мельник, Є.В., Сташис В.В. Невмержицький, М.І. Хавронюк, О.Я. Прохоренко, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, О.І. Остапенко та інші.

Постановка завдання. При вивченні цієї проблеми слід з'ясувати необхідність використання рішень ЄСПЛ для створення нового механізму підвищення ефективності боротьби з корупційними діяннями через призму формування практики прецедентних рішень як джерела права.

Виклад основного матеріалу дослідження. Зважаючи на останній щорічний звіт щодо результатів боротьби з корупцією, слід сказати про необхідність удосконалення вітчизняного механізму протидії. Зокрема, з 2345 кримінальних проваджень за корупційні правопорушення тільки 74 особи фактично понесли відповідальність. Жодного високопосадовця не було

© Лошицький М. В,, Дрозд О. Ю., 2014

притягнуто навіть до адміністративної відповідальності за корупційні діяння. Тому досить актуальною є проблема прийняття законів, які стосуються боротьби з корупцією, саме до таких відносять законопроект «Про Службу фінансових розслідувань», «Про основи запобігання та боротьби з економічними правопорушеннями і здійснення фінансового контролю», а також законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики».

Боротьба з корупцією та корупційними діяннями потребує належного законодавчого забезпечення, тобто запровадження дієвого комплексу нормативно-правових положень, що регулюють механізми запобігання корупції та посилення відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних діянь. Тому вітчизняне законодавство керується Національною антикорупційною стратегією України на 2011–2015 роки, Державною програмою щодо запобігання і протидії корупції на 2011–2015 роки, основними завданнями яких сьогодні є запровадження системи моніторингу забезпечення виконання антикорупційного законодавства, а одним з основних напрямів – формування єдиної правозастосовчої практики правоохоронних та судових органів у справах, пов'язаних із корупцією [2].

З огляду на це, однією з найбільш вагомих подій в історії сучасних міжнародно-правових відносин у сфері запобігання та протидії корупції є підписання міжнародною спільнотою 9 грудня 2003 року Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції – найбільш змістовного міжнародного акта, спрямованого на попередження корупції та боротьбу з нею, як у світовому, так і в національному масштабі [3].

Отже, на сьогодні цей документ являє собою так званий базис для приведення національного законодавства кожної держави-учасниці у відповідність до загальновизнаних методів та заходів щодо попередження та протидії корупції.

До міжнародних нормативно-правових актів, присвячених боротьбі з корупцією, належить Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією [4].

Одним із важливих документів Європейського Союзу у сфері боротьби з корупцією є Комюніке Європейської комісії від 28 травня 2003 р. щодо комплексної політики Європейського Союзу з протидії корупції, в якій визначено основні засади боротьби з цим негативним явищем в Євросоюзі та окреслено принципи вдосконалення протидії корупції в нових країнах-членах, країнах-кандидатах і третіх країнах, а також Рамкове рішення Ради Європейського Союзу № 568 від 22 липня 2003 р. «Про боротьбу з корупцією в приватному секторі», в якому визначається поняття «активної» та «пасивної» корупції і встановлюються санкції стосовно осіб, у тому числі юридичних, за вчинення такого роду злочинів [5].

Ще однією організацією, створеною у травні 1999 року, стала ОКЕСО «Група країн проти корупції», що діє в межах Ради Європи. Її діяльність полягає в оцінці рівня корупції в державах-членах організації, виявленні недоліків у національних механізмах боротьби з корупцією, підтримці в проведенні необхідних законодавчих та інституційних реформ, здійсненні

контролю за виконанням угод і правових документів, прийнятих Радою Європи відповідно до програми дій проти корупції.

Так, досить ефективна система боротьби з корупцією, яка спирається на потужну нормативно-правову базу та підтримку суспільства, діє у Фінляндії. Саме цю країну міжнародна неурядова організація з боротьби з корупцією «Трансперенсі Інтернешнл» визначає як одну з найменш корумпованих країн серед 133 країн світу. Фінляндія як член Європейського Союзу є учасником усіх основних нормативних документів Євросоюзу з питань боротьби з організованою злочинністю та корупцією. Зауважимо, що імплементація європейських законів у національну правову систему цієї країни здійснюється поступово. Головним принципом цього процесу є органічне поєднання національного законодавства Фінляндії із загальноєвропейським із мінімально можливими змінами першого.

Для фінської правової системи не є характерними закони з використанням терміна «боротьба» з визначенням певного виду злочину. Фінський законодавець заклав принципи попередження та застереження вчинення злочинів у кожному нормативно-правовому акті, що визначають конкретну сферу діяльності, а не вид правопорушення. Згідно з положеннями Кримінального Кодексу Фінляндії, за вчинення дій, що можуть кваліфікуватися як «корупція», передбачено санкції від штрафу до ув'язнення строком до чотирьох років залежно від ступеня суспільної небезпеки злочину [6, с. 65].

В Україні основною платформою для здійснення та реалізації програми боротьби з корупцією як явищем став План дій Ради Європи на 2011–2014 роки «Партнерство заради реформ» [7].

У проекті 2.2.1 «Належне врядування та боротьба з корупцією в країнах Східного партнерства» завданнями цього Проекту передбачено забезпечення спеціалізованого навчання працівникам правоохоронних органів щодо виявлення і розслідування корупційних правопорушень тими, хто безпосередньо причетний до боротьби з корупцією. Загальною метою є активізація реформи у шести країнах-партнерах на основі багатостороннього підходу і наближення їх до стандартів Ради Європи та ЄС у ключових сферах, охоплених Платформою Східного партнерства. Крім того, у Проекті 2.2.4: «Проти корупції в Україні – UPAC 2» також приділено увагу боротьбі з корупцією, але актуалізація здійснена саме на території України; зокрема, основною метою виступає зміцнення потенціалу у сфері запобігання корупції, посилення інституційної спроможності правоохоронних органів проводити розслідування та кримінальне переслідування корупційних правопорушень і сприяти майбутнім реформам вітчизняного законодавства про боротьбу з корупцією [7].

Так, дефініція корупції, визначена у Кодексі поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку, охоплює здійснення або нездійснення якої-небудь дії при виконанні обов'язків у результаті прийнятих подарунків або тих, які вимагаються, обіцянок або стимулів, або їх незаконне отримання щоразу, коли має місце така дія або бездіяльність» [8, с. 232].

Останні зміни, які відбулися в законодавстві щодо внесення до Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі –КУпАП) Глави 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», продемонстрували необхідність посилення та підвищення ефективності боротьби з корупційними діяннями не тільки на національному рівні. До нової категорії норм відносять порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності (ст. 172-4 КУпАП); порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви) (ст. 172-5 КУпАП); порушення вимог фінансового контролю (ст. 172-6 КУпАП); порушення вимог щодо повідомлення про конфлікт інтересів (172-7 КУпАП); незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень(ст. 172-8КУпАП); невжиття заходів щодо протидії корупції (ст. 172-9 КУпАП) [9].

Визначено адміністративні корупційні правопорушення відповідно до вітчизняного законодавства як умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; особами, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; особами, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особами, спеціально уповноваженими на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми, відповідно до закону; посадовими особами юридичних осіб, фізичними особами – у разі одержання від них вказаними особами або за участю цих осіб іншими особами неправомірної вигоди), за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність. На нашу думку, основними ознаками корупційних діянь є безпосереднє заподіяння шкоди авторитету чи іншим охоронюваним законом інтересам держави; наявність в особи умислу на вчинення дій (бездіяльність), які об'єктивно завдають шкоду охоронюваним законом інтересам держави; використання особою свого становища всупереч інтересам держави; корислива мета або інша зацікавленість особи; незаконне одержання особою благ (матеріальних та нематеріальних), послуг, переваг.

На часі проблема захисту прав та свобод громадян, інтересів держави, а також оновлення всієї правової системи; із цими завданнями, як показує досвід, вітчизняний апарат не спроможний справитися, тому дієвим інструментом захисту є рішення ЄСПЛ, особливо у боротьбі з адміністративними корупційними правопорушеннями як одним із проявів корупції.

З огляду на примат міжнародного права над національним, стає очевидним, що Україна на етапі переходу до нового джерела права, а саме прецедентного. Серед цих засобів можна підкреслити роль ЄСПЛ у вирішенні саме позовів, що стосуються порушення основних прав і свобод громадян.

Конвенція Ради Європи про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) зазначає ключову роль Європейського суду як

органу створення динамічних прецедентів, що відображають сучасність. А оскільки норми Конвенції в процесі практичного застосування мають тенденцію до постійного оновлення та вдосконалення відповідно до потреб часу, тому і рішення ЄСПЛ мають виключну роль у створенні нових алгоритмів вирішення спірних питань.

Так, відповідно до ст. 32 Конвенції юрисдикція Європейського суду з прав людини поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї [10].

З вищезазначеного стає зрозумілим, що до юрисдикції Європейського суду з прав людини не належить вирішення спірних правовідносин, які були предметом розгляду національних судових органів, а він тлумачить норми Конвенції відповідно до ситуації, що склалась. Індивідуальний підхід до кожної справи гарантує незалежність та неупередженість у її вирішенні та дасть змогу об'єктивно розглядати справи про корупційні правопорушення.

Як зауважує К. В. Андріанова, рішення Суду, в тому числі у справах, в яких держава виступає відповідачем, однозначно не є обов'язковими для національних правозастосовних органів – безпосередньо в силу норм Конвенції як норм міжнародного права [11, с. 11].

У свою чергу О. В. Константий зазначає, що практику Європейського суду можна вважати офіційною формою інтерпретації основних (невідчужуваних) прав кожної людини, закріплених і гарантованих Конвенцією, яка є частиною національного законодавства, та у зв'язку з цим – джерелом законодавчого правового регулювання і правозастосування в Україні [12, с. 34]. Іншу думку висловлює В. П. Кононенко, який дійшов висновку, що рішення Європейського суду з прав людини створюють прецедент тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [13, с. 13].

На нашу думку, досить потужним апаратом боротьби з корупційними діяннями є рішення ЄСПЛ, що є наслідком дії Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» та прийняття Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Відповідно до цього закону суди застосовують при розгляді справ практику суду як джерело права, а також рішення ЄСПЛ є обов'язковими для виконання Україною. Тому ця судова установа виступає ефективним інструментом для імплементації та використання міжнародного досвіду і пришвидшить розвиток європейських цінностей у вітчизняному правовому полі [14]. Щоб розуміти механізм дії ЄСПЛ, слід проаналізувати принципи, якими він керується в судовій практиці та в судовому розгляді щодо звернень:

– суд не зобов'язаний знати зміст внутрішньодержавного закону, тому може затребувати від держави, до чиєї правової системи належить норма, відповідних доказів, показань або роз'яснень;

– суд повинен встановлювати зміст внутрішньодержавного права відповідно до їх офіційного тлумачення, практики застосування і доктрини відповідної держави;

– суд повинен виходити з припущення, що стосовно будь-якого «внутрішнього» питання, яке він розглядає, існують норми внутрішньодержавного права;

– суд не в праві встановлювати недійсність норм внутрішньодержавного права в силу принципу невтручання у внутрішні справи держави, однак він може встановлювати порушення міжнародного зобов'язання в результаті прийняття або застосування даних норм.

Зважаючи на велику кількість прогалин та суперечностей у чинному законодавстві, бачимо, що головною перешкодою в створенні узгодженої практики застосування українськими судами рішень ЄСПЛ у подібних справах є відсутність однозначного підходу в їх застосуванні, що потребує врегулювання шляхом узагальнення та роз'яснення найвищого органу в системі судів загальної юрисдикції України щодо однаковості та правильності розуміння норм та приписів, у застосуванні яких виникають труднощі. Важливо почати систематично використовувати рішення ЄСПЛ для створення прецедентного права у боротьбі з корупційними правопорушеннями. За загальними даними, до ЄСПЛ надійшло 33400 заяв, по 48354 було прийнято рішення. Від України надійшло 16150, Італії –15350, Туреччини – 10300, Румунії – 3450 заяв [15].

Так, справа ЄСПЛ «Фельдман проти України» від 08.04.2010, в якій ідеться про корупційні діяння, зокрема стосовно фінансових махінацій, пов'язаних зі значним відтоком коштів за кордон, було встановлено, що засновники і керівники комерційного акціонерного банку «Слов'янський», зловживаючи службовим становищем, установлювали для себе і своїх родичів підвищені ставки за валютними внесками. Суд визнав, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, та зобов'язав Україну виплатити вісім тисяч євро [16].

Підводячи підсумок, можна сказати, що Європейський суд з прав людини є інституцією Ради Європи, однією з основних міжнародних правозахисних інституцій загальноєвропейської системи захисту прав людини. Рішення й рекомендації Суду впливають на становлення, реформування й модернізацію сучасних національних правозахисних систем, практичне застосування європейських правових стандартів при прийнятті рішень національними судами. Їх вплив позначається і на формуванні національних стандартів та нормативів захисту прав людини в Україні.

Висновки. Ми вважаємо, що сьогодні актуальною є проблема вирішення питання боротьби з корупційними діяннями не тільки шляхом запровадження законів проти корупції на національному рівні, але й створення прецедентного права через призму виконання рішень ЄСПЛ як засобу боротьби з адміністративними корупційними правопорушеннями.

Тому, на нашу думку, слід внести зміни до Розділу VII «Міжнародне співробітництво» Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» та до КУпАП шляхом створення нового положення про «Обов'язковість виконання рішень міжнародних судових установ у справах, пов'я-

заних із корупцією». Враховуючи активний процес входження України до Європейського Союзу, слід створювати новий інструментарій боротьби з корупційними проявами, беручи за зразки світові моделі.

Для прийняття нових нормативно-правових актів слід створити механізм оцінювання якості та необхідності імплементації міжнародних норм. Вважаємо за необхідне обов'язкову адаптацію досвіду трискладового тесту, тобто перевірки закону, що імплементується через, такі критерії: на основі закону, необхідність у демократичному суспільстві, доречність і достатність засобів.

Рішення ЄСПЛ повинні стати гарантією для вирішення справ, пов'язаних із корупційними діяннями, і створити необхідний базис для створення міжнародно-правового поля протидії корупції загалом та вирішення цієї проблеми в Україні зокрема.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1991 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 14.
2. Про затвердження Державної програми щодо запобігання та протидії корупції на 2011–2014 роки від 28.11.2011 № 1240 : Постанова Кабінету Міністрів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1240-2011
3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_c16
4. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією : Конвенція (ETS 173) від 27.01.1999 № ETS173 Електронний ресурс. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_10
5. Рамкове рішення Ради N 2003/568/ПВД про боротьбу з корупцією в приватному секторі // Рішення від 22.07.2003 № 2003/568/ПВД [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_945
6. Антикорупційне законодавство: міжнародні стандарти та їх запровадження в Україні : [методичний посібник] / укладачі В.І. Григор'єв, М.А. Микитюк, Г.О. Гончарук. – Київ, 2013. – 92 с.
7. План дій Ради Європи на 2011–2014 роки «Партнерство заради реформ» від 23.06.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_b25/page2.
8. Международная защита прав и свобод человека : [сборник документов] / Составитель Г.М. Мелков. – М., 1990. – С. 323.
9. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Кодекс від 07.12.1984 N 8073-X [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.28.310&nobreak=1
10. Конвенція Ради Європи про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/
11. Андріанов К. В. Роль контрольного механізму Конвенції про захист
12. прав і основних свобод людини в процесі реалізації її норм : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / К. В. Андріанов ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 18 с.
13. Константий О. В. Практика Європейського суду з прав людини як джерело судового правозастосування Верховного Суду України / О. В. Константий // Вісник Верховного Суду України. – № 1 (137). – 2012. – С. 33–36.
14. Кононенко В. П. Звичаєва природа прецедентного характеру рішень Європейського суду з прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / В. П. Кононенко ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2009. – 19 с.

15. Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини : Закон від 23.02.2006 № 3477-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3477-15
16. Основні статистичні дані про діяльність Європейського суду з прав людини за 2014 рік. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://europeancourt.ru/uploads/Statistika_Evropeyskogo_Suda_6_2014.pdf
17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Фельдман проти України» від 08.04.2010 (заява 76556/01 та 38779/04) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/19618

Анотація

Лошицький М. В., Дрозд О. Ю. **Рішення Європейського суду з прав людини як перспектива боротьби з адміністративними корупційними правопорушеннями.** – Стаття.

У статті зроблено спробу виокремити основні міжнародні та вітчизняні нормативно-правові акти, на яких будується боротьба з корупцією в Україні, а також розглянути можливість використання рішень Європейського суду з прав людини у контексті формування прецедентного права задля підвищення ефективності боротьби з корупційними діяннями. Обґрунтована позиція щодо закріплення судових рішень ЄСПЛ як джерела права.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, прецедентне право, корупційні діяння, адміністративні корупційні правопорушення, закордонний досвід.

Аннотация

Лошицкий М. В., Дрозд А. Ю. **Решение Европейского суда по правам человека как перспектива борьбы с административными коррупционными правонарушениями.** – Статья.

В статье предпринята попытка выделить основные международные и отечественные нормативно-правовые акты, на которых строится борьба с коррупцией в Украине, а также рассмотреть возможность использования решений Европейского суда по правам человека в контексте формирования прецедентного права для повышения эффективности борьбы с коррупционными действиями. Обоснована позиция по закреплению судебных решений ЕСПЧ как источника права.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, прецедентное право, коррупционные деяния, административные коррупционные правонарушения, зарубежный опыт.

Summary

Loshitskiy M. V., Drozd A. Yu. **The European Court of Human Rights as prospect fight against administrative corruption.** – Article.

This article attempts to isolate the main international and domestic regulations which the fight against corruption in Ukraine. Also consider an opportunity of using judgments the European Court of Human Rights in context of case law in order to improve the fight against corruption action. Consistent views of consolidation the judicial decisions ECHR as a source of law.

Key words: European Court of Human Rights, case law, corruption, administrative corruption, foreign experience.

УДК 343.131

Ю. П. Аленін, В. К. Волошина

ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Кожна галузь права, включаючи й кримінальне процесуальне право, ґрунтується на певних положеннях, принципах, які визначають її сутність і зміст найважливіших інститутів і норм. Разом із тим у юридичній літературі існують різні підходи стосовно такого важливого питання, як визначення поняття принципу кримінального процесу.

У теорії кримінального процесу до проблематики принципів кримінального процесу зверталася значна кількість дослідників. Низку наукових праць присвятили загальним питанням поняття та системи принципів кримінального процесу такі вчені, як: Н. В. Агутіна, В. П. Божьєв, А. В. Гріненко, Ю. М. Грошевий, Т. М. Добровольська, З. Д. Єнікеєв, В. Т. Маляренко, Т. М. Мірошніченко, М. М. Михеєнко, П. І. Репешко, М. С. Строгович, І. В. Тирічев, В. М. Тертишник, Г. І. Чангулі, Р. Х. Якупов та ін. Після прийняття нового Кримінального процесуального кодексу дане питання висвітлювалось у роботах таких видатних вчених, як О. І. Галаган, Ю. М. Грошевий, О. П. Кучинська, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, В. М. Тертишник та ін.

Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року містить главу 2, яка присвячена основним засадам кримінального провадження та їх змісту, але не визначає, що саме є «засадою кримінального провадження». Крім того, дане визначення викликає дискусії серед учених-юристів щодо вживання термінів «принцип» та «засада» [1, с. 34–35]. Актуальним, на нашу думку, залишається питання щодо визначення системи принципів кримінального провадження, аналіз наявних теоретичних розробок вказує на недостатню вивченість цієї проблеми.

Засада – це вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки [2, с. 325]. Слід зазначити, що слово «принцип», яке прийшло в російську мову (так само, як і в інші слов'янські мови) з латинської, означає «початок», «основи». Відповідно до твердження В. Даля, «принцип – наукова або моральна основа, фундамент, правило, підстава,

© Аленін Ю. П., Волошина В. К. 2014

від якого не відступають» [3, с. 431]. У словнику іноземних слів надано таке тлумачення цього слова: «Принцип – [лат. principium основа, початок] 1) основне вихідне положення якої-небудь теорії, навчання; 2) внутрішнє переконання, погляд на речі, що визначають норму поводження; 3) основа устрою, дії якого-небудь механізму, приладу, установки» [4, с. 400]. Таким чином, ключове семантичне значення терміна «принцип» – це основа, початок певного явища або процесу. У філософському розумінні принципом є теоретичне узагальнення найбільш типового, що констатує і виражає закономірність, покладену в основу пізнання взагалі або в основу якої-небудь галузі знання зокрема. Стосовно ж практичної діяльності принцип «означає одне з основних, загальних вимог, якому повинна відповідати дана діяльність» [5, с. 44].

Вважаємо за доцільне погодитися з вченими-юристами, які ототожнюють поняття «принцип» та «засада» [6; 7; 8; 9].

У наукових дослідженнях із загальної теорії права, виходячи з позиції, що принципи права – це нормативні засади позитивного права, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання, зазначається необхідність відмежування їх від більш широкого за обсягом поняття правових принципів (принципів правової свідомості чи доктрини) – основоположних для права ідей, а також принципів інших соціальних явищ (загальносоціальних принципів) та певних видів юридичної діяльності (принципів правотворчості, правозастосування, тлумачення права, правореалізації) [10, с. 20]. Таке розмежування може бути застосовано й для розв'язання певних проблем визначення принципу кримінального провадження.

Формулювання поняття «принцип» стосовно сфери кримінального судочинства є однією з найбільш важливих теоретичних проблем, тому що принципи кримінального провадження, по суті, являють собою «...основні положення, які визначають усю систему процесуальних форм, увесь лад процесуальних відносин» [11, с. 6; 12, с. 96].

Питанням принципів кримінального процесу в юридичній літературі приділяється велика увага. Так, значний внесок у розробку поняття принципів кримінального судочинства зробив М. С. Строгович, який зазначав, що ними варто вважати найважливіші й визначальні правові положення, на яких побудований кримінальний процес [13, с. 124]. Таке визначення повністю відповідає загальнонауковому поняттю і може бути покладене в основу подальшого аналізу принципів кримінального провадження.

З урахуванням тієї ролі, яку відіграють принципи в структурі кримінального процесуального права, існує потреба в подальшому уточненні їх форм вираження у кримінальному провадженні, тобто у порядку закріплення кримінальних процесуальних принципів у кримінальному процесуальному законодавстві.

Слід зазначити, що в юридичній літературі сформульовано всілякі дефініції принципів кримінального провадження.

Одні вчені (М. С. Строгович, Ю. П. Янович, О. П. Рижаков, М. О. Громов, В. В. Николайченко, М. Л. Якуб та ін.) під принципами криміналь-

ного процесу розуміють юридично оформлені керівні положення (правові положення), які закріплюють найбільш загальні й істотні властивості кримінального процесу, що виражають його природу і сутність .

Інші вчені (Ю. М. Грошевий, Л. М. Лобойко, Я. О. Мотовіловкер, В. В. Назаров, Г. М. Омельяненко, В.Т. Нор, А.Л. Ципкін та ін.) трактують принципи кримінального процесу як закріплені у правових нормах положення, що визначають найбільш важливі сторони і напрями діяльності органів досудового розслідування, прокуратури та суду, а також зміст усіх інших норм кримінального процесуального права. Однак із самого змісту терміна «принцип» випливає, що принципом кримінального провадження може бути визнано не кожне положення, яке характеризує організацію та діяльність органів досудового розслідування, прокуратури та суду. Щоби бути принципом, відповідне положення повинне визначати в організації й діяльності цих органів головні, вихідні моменти, з яких, у свою чергу, випливають положення більш приватного характеру .

Треті (В. М. Тертишник, Л. Б. Ісмаілова, Г. В. Кудрявцева, Ю. Д. Лівшиць, В. В. Навроцька, М. М. Михеєнко та ін.) принципами кримінального процесу називають закріплені в конституційному та процесуальному законодавстві основні ідеї, які визначають побудову кримінального процесу, його сутність і демократизм. Ці визначення принципів кримінального процесу засновані, як уявляється, саме на тому підході до сутності принципу кримінального процесу, відповідно до якого принципом кримінального процесу можна визнати не тільки нормативні положення, але й доктринальні ідеї. Уявляється, формування поняття принципу кримінального провадження через категорію «ідея» є недостатньо обґрунтованим, оскільки самі по собі доктринальні ідеї не мають регулятивних властивостей, а стають правовими положеннями у вигляді норм-принципів лише тоді, коли знаходять нормативне закріплення.

Різноманіття дефініцій принципу кримінального провадження, сформульованих протягом тривалого періоду, дозволяє виявити тенденцію, яка склалася ще в радянській кримінально-процесуальній науці і яка проявляється у спробах визначення принципу кримінального провадження, до виявлення тих вимог, критеріїв, яким має відповідати правове положення (або ідея), щоб вважатися принципом кримінального провадження. Цей підхід до визначення сутності принципу уявляється найбільш плідним, оскільки сутність будь-яких правових заходів більш повно можна визначити, виявивши їхні найбільш значимі властивості (критерії). До такого роду вимог відносили загальний і керівний характер приписів, принципів, їх нормативність, зв'язок із природою і сутністю кримінального процесу та ін.

Загальновизнано, що для того, щоб окреме правове положення могло вважатися принципом кримінального провадження, воно має відповідати низці пропонованих до принципів кримінального процесу вимог. Розглядаючи проблему критеріїв, О. П. Кучинська зазначає, що до них необхідно відносити такі вимоги, як соціальна обумовленість, нормативність, регу-

лятивність, основоположність, системність, універсальність, непорушність [1; с. 52–56].

М. М. Михеєнко, В. Т. Нор і В. П. Шибіко вважають, що хоча в юридичній науці й немає єдиного, загальноприйнятого визначення поняття принципу кримінального процесу, але все-таки за всіх розбіжностей точки зору процесуалістів збігаються в основних позиціях. На їхню думку, до критеріїв визначення конкретного положення принципу кримінального процесу варто віднести таку сукупність якостей: 1) це найбільш загальні, вихідні положення, ідеї, які мають фундаментальне значення для кримінального процесу і які визначають його спрямованість, побудову в цілому, форму і зміст стадій та інститутів; 2) принципи відображають пануючі в даній державі політичні та правові ідеї, які стосуються завдань, способу формування і здійснення правосуддя по кримінальних справах; 3) вони мають бути закріплені в нормах права (окремих або декількох); 4) принципи повинні діяти у всіх або декількох стадіях кримінального процесу й обов'язково на його центральній стадії – стадії судового розгляду; 5) порушення якого-небудь принципу означає незаконність рішення у справі та обов'язкове його скасування [14, с. 29]. Цей підхід до визначення критеріїв принципів кримінального провадження є загальноприйнятим і використовується в дослідженнях із розробки загальних проблем принципів кримінального провадження та дослідженні окремих принципів кримінального провадження.

Однак деякі з вищезгаданих критеріїв не одержали однозначного тлумачення в літературі. Так, наприклад, найважливішою властивістю принципу є його нормативність: на це неодноразово вказувалося і вказується в юридичній літературі [15, с. 33; 16, с. 101]. Однак стосовно способу закріплення принципів у нормах права у науковців немає єдності. Одні вчені визнають як принципи лише ті положення, які одержали своє закріплення в кримінальних процесуальних нормах найбільш загального характеру [17]. Інші вчені відстоюють визначення принципів як основних положень, ідей, що одержали свого закріплення в законі, незалежно від прийомів і форм їх закріплення, і, крім того, в положеннях, які хоча й не набули безпосереднього вираження в законі, але випливають із низки його норм [18, с. 10–13]. Уявляється, нормативність принципу кримінального процесу може проявлятися як у формулюванні норм-принципів або норм-приписів найбільш загального характеру (це норми-принципи), так і виводитися в індуктивний спосіб із різних норм кримінального процесуального закону (це принципи, виведені з норм).

Достатньо дискусійним є такий критерій принципу, як сфера його прояву. Аналіз висловлених у літературі підходів до сфери прояву принципу кримінального процесу дозволяє виявити такі основні тенденції. Думається, не можна обмежувати сферу діяльності принципу ні всіма стадіями кримінального процесу, ні деякими стадіями з обов'язковим проявом у стадії судового розгляду. Кримінальний процес, як і всі інші процеси, відбувається в часі і просторі. Він являє собою систему стадій, що послідовно змі-

нюють одна одну і мають визначене коло завдань, підсумкових документів, суб'єктів, які беруть у ньому участь. Із загальнонаукової точки зору елементи досліджуваної системи (стадії) – це різноманітні причинно-наслідкові зв'язки, що обумовлюють особливості прояву загальних закономірностей щодо даної «системи параметрів». Тому логічно буде стверджувати, що певному типу відносин притаманні свої закони, відтворені в уже відомих сутнісних характеристиках-принципах[19, с. 54]. Дійсно, багато принципів кримінального процесу знаходять свій прояв в усіх або більшості стадій кримінального процесу, в тому числі у стадії судового розгляду. Однак це не виключає існування тих правових положень, які, не маючи універсального для всього кримінального процесу характеру, відображають сутність, риси, спрямованість конкретної стадії або провадження як системи стадій (досудового провадження, судового провадження, провадження з перегляду судових рішень). При цьому, безумовно, вони не будуть мати такого ступеня узагальнення, як ті принципи, які поширюють свою дію на всі стадії кримінального процесу, однак будуть мати ключовий характер для визначення сутності та спрямованості, досягнення специфічних завдань конкретної стадії або провадження (наявність яких у літературі ніким не заперечується). Таким чином, при формулюванні поняття і визначенні ознак принципу кримінального провадження необхідно розглядати принцип кримінального провадження як правове положення, яке може реалізовуватися в усіх, декількох або одній процесуальних стадіях.

Таким чином, можна вважати, що принципами кримінального провадження є доктринально обґрунтовані основні правові положення, які відображають предмет і метод кримінального процесуального регулювання, демократичну природу кримінального провадження, визначають сутність і структуру його проваджень, стадій та інститутів, спрямовують кримінальну процесуальну діяльність на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством. При цьому критеріями визначення принципів кримінального провадження є: загальнообов'язкова нормативність; доктринальна обґрунтованість; загальний, фундаментальний характер правових положень; спрямованість на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством; відбиття предмета й методу кримінального процесуального регулювання; відбиття демократичної природи кримінального процесу; відбиття сутності й структури проваджень, стадій та інститутів кримінального процесу; можливість реалізації в усіх, декількох або одній кримінальній процесуальній стадії; порушення якого-небудь принципу, яке тягне застосування заходів кримінальної процесуальної відповідальності або заходів захисту.

Особливий інтерес у цьому дослідженні спрямований на проблему подальшого розвитку та вдосконалювання системи принципів кримінального провадження. Їх цілісна система вимагає детального дослідження і подальшого розвитку.

Усі принципи кримінального процесу тісно пов'язані між собою, постійно взаємодіють один з одним, зберігаючи при цьому свою власну цінність для

побудови і ходу процесу. Перебуваючи в тісній взаємодії, жоден із них не суперечить і не перешкоджає виконанню або дотриманню інших. Здійснення положень одних принципів спричиняє необхідність виконання положень принципів інших, і, відповідно, порушення одних тягне порушення інших принципів. У зв'язку із цим можна стверджувати, що певна кількість принципів не являє собою механічну сукупність правових явищ, а створюється нове правове явище – система принципів кримінального процесу. Система принципів кримінального провадження має об'єктивний характер і являє собою єдину, нерозривну, взаємопов'язану, взаємообумовлену цілісність.

Система принципів кримінального провадження характеризується наявністю підстави для об'єднання її елементів і специфічних властивостей. Таким чином, підставою для об'єднання певних фундаментальних правових положень у систему принципів кримінального провадження служать завдання кримінального провадження, закріплені ст. 2 КПК України.

Система принципів через свою повноту і різний зміст складових її принципів має здатність до збереження своєї цілісності, самовідновлення. Тому порушення якого-небудь принципу не обов'язково паралізує всю систему, не виключає можливість рішення завдань процесу. Порушення одного принципу кримінального провадження (наприклад, презумпції невинуватості), тягне порушення інших принципів (законності, забезпечення права на захист), однак рівновага системи принципів та її нормальне функціонування можуть бути відновлені за допомогою інших принципів (наприклад, дією принципу публічності, принципу всебічності, повноти, об'єктивності дослідження обставин кримінального провадження).

Сучасний кримінальний процесуальний закон не передбачає систему принципів кримінального провадження. У ст. 7 КПК законодавець лише перераховує загальні засади (принципи) кримінального провадження.

Питання щодо розмежування принципів також є досить дискусійним у кримінальній процесуальній науці. На сьогоднішній день відсутня єдність думок щодо структури та елементів системи принципів кримінального провадження.

Розглядаючи систему принципів, учені, як правило, пов'язують систему принципів з їх класифікацією на певні або обмежуються простим перерахуванням принципів кримінального процесу, які становлять систему його принципів. Система принципів кримінального провадження як системно-юридичне утворення має свою структуру.

Структура системи принципів відображає певні взаємозв'язки, взаєморозташування складових частин системи принципів кримінального процесу, їх устрій (будови). При цьому структура системи принципів включає не всі елементи і зв'язки системи принципів кримінального провадження, а лише найбільш істотні компоненти та зв'язки, які мало змінюються при функціонуванні системи принципів кримінального процесу і забезпечують його існування та зберігають його основні властивості.

Під компонентом системи принципів кримінального процесу розуміється базовий, найпростіший її елемент, що є фундаментом її утворення, тобто принцип кримінального процесу.

Прототипом формування системи принципів кримінального процесу є класифікація. При цьому за підставами класифікації запропоновано кілька основних класифікацій принципів кримінального процесу. Перша з них заснована на побудові системи кримінальних процесуальних принципів на рівні формально-логічних зв'язків цілого і частини. На рівні цих зв'язків принципи кримінального процесу класифікуються на конституційні та інші [20, с. 59–60]; конституційні та спеціальні [21, с. 32]. Класифікація за джерелом закріплення принципу, як і будь-яка інша, має право на існування з урахуванням того, що виділення конституційних принципів зовсім не означає приниження фундаментального значення інших принципів кримінального процесу, які закріплені в кримінальному процесуальному законодавстві, а не в Конституції. Важливим є зміст певного положення, його значення для побудови та функціонування системи кримінального процесуального права, регульованої ним діяльності суб'єктів кримінального провадження і правовідносин між ними. Таким чином, можна констатувати, що ця класифікація має суто догматичне значення.

Так, Л. М. Лобойко розподіляє принципи за юридичною силою джерела, в якому їх закріплено, на конституційні (закріплені в Конституції України) та спеціальні (закріплені в інших законах, передусім у КПК). Однак вже характеристика системи принципів кримінального провадження автором була проведена залежно від поширюваності на галузі права, а саме на загальноправові (ті, що діють у всіх галузях права), міжгалузеві (діють у кількох процесуальних галузях права) та галузеві (діють лише в межах кримінального провадження). Так, до загальноправових принципів він відносить: 1) верховенство права; 2) законність; 3) рівність перед законом і судом; 3) забезпечення права людини на свободу та особисту недоторканність; 4) забезпечення недоторканності житла чи іншого володіння особи; 5) таємниця спілкування; 6) повага до людської гідності; 7) невтручання у приватне життя; 8) недоторканність права власності 9) доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень. До міжгалузевих принципів – 1) змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; 2) безпосередність дослідження показань, речей і документів; 3) диспозитивність; 4) забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; 5) гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; 6) принцип розумності строків; 7) принцип мови, якою здійснюється кримінальне провадження. Галузевими принципами називає: 1) принцип публічності; 2) презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини; 3) свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; 4) забезпечення права на захист; 5) заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення [22, с. 45–99].

В. М. Тертишник виділяє в системі принципів кримінального провадження загальноправові, міжгалузеві та галузеві (кримінально-процесуальні принципи). Окрім зазначених у ст. 7 КПК, він до принципів кримінального

процесу відносить також: презумпцію добропорядності людини, здійснення правосуддя тільки судом, незалежність суддів, незалежність і процесуальну самостійність слідчого, забезпечення безпеки учасників кримінального процесу, пропорційність, допустимість розгляду справи лише тільки в рамках пред'явленого обвинувачення, свободу оскарження процесуальних дій і рішень, документованість процесу, забезпечення встановлення об'єктивної істини, справедливість, реабілітацію незаконно обвинувачених осіб та осіб, відносно яких мало місце порушення їх прав [16, с. 108–109].

В. Я. Тацій класифікує загальні засади кримінального провадження залежно від їх поширюваності стосовно галузей права на загальноправові, загальнопроцесуальні та кримінальні процесуальні. До загальноправових засад належать: 1) верховенство права; 2) законність; 3) повага до людської гідності; 4) забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; 5) недоторканність житла чи іншого володіння особи; 6) таємниця спілкування; 7) невтручання у приватне життя; 8) недоторканність права власності; 9) доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень. До загальнопроцесуальних В. Я. Тацій відносить: 1) рівність перед законом і судом; 2) змагальність сторін та свободу в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; 3) безпосередність дослідження показань, речей і документів; 4) забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; 5) диспозитивність; 6) гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; 7) розумність строків; 8) мова, якою здійснюється кримінальне провадження. До кримінальних процесуальних засад вчений відносить: 1) презумпцію невинуватості та забезпечення доведеності вини; 2) свободу від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; 3) заборону двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення; 4) забезпечення права на захист; 5) публічність [7, с. 63].

Досить цікавою, на нашу думку, є система загальних засад, запропонована Ю. М. Грошевим, а саме :

– принципи, що забезпечують захист честі й гідності особи у кримінальному провадженні: повага до людської гідності; забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; недоторканність житла чи іншого володіння особи; таємниця спілкування; невтручання у приватне життя; недоторканність права власності; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; забезпечення права на захист;

– принципи, що забезпечують стабільність кримінальної процесуальної діяльності: верховенство права; рівність перед законом і судом; доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень; забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; мова, якою здійснюється кримінальне провадження;

– принципи, що забезпечують законність розшукових начал кримінального провадження: законність; презумпція невинуватості та забезпечення

доведеності вини; заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення; публічність; розумність строків;

– принципи, що забезпечують змагальність кримінального провадження: змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; безпосередність дослідження показань, речей і документів; диспозитивність; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами [23, с. 315–317].

На нашу думку, найбільш прийнятним при конституюванні системи принципів кримінального провадження є використання методів традиційної (формальної) і діалектико-матеріалістичної логіки [24, с. 119], а саме побудова системи принципів здійснюється по тій регульованій сфері суспільних відносин, на які вони поширюються. Ця система використовується й у дослідженнях із загальної теорії права [25, с.171; 26, с. 59].

Таким чином, проаналізувавши праці вчених щодо зазначеного питання, ми дійшли висновку, що систему принципів кримінального провадження складають загальноправові, міжгалузеві, галузеві принципи кримінального провадження та принципи, які властиві досудовому та судовому провадженню.

Однак, окрім засад, зазначених у ст. 7 КПК, систему принципів бажано доповнити такими принципами, як всебічність, повнота та неупередженість дослідження обставин кримінального провадження [27, с. 247], незалежність та недоторканність суддів, здійснення правосуддя тільки судом. Законодавець хоча і не називає їх як окремі засади, але включає до змісту інших принципів, зазначених у розділі 2 КПК.

Також, на нашу думку, у кримінальному провадженні проявляється такий загальноправовий принцип, як принцип пропорційності. Це нове положення для юридичної літератури, але на нього зверталася увага в роботах таких вчених, як С. Л. Деревянкін, М. І. Козюбра, С. П. Погребняк, В. М. Тертишник, В. Г. Уваров. Принцип пропорційності використовується для визначення меж можливих обмежень прав і свобод людини, для регламентації повноважень різних органів державної влади та їх збалансування, для запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями та встановлення меж свободи розсуду, при вирішенні питань про відповідність злочину і покарання, праці та винагороди за неї тощо [28, с. 54]. Застосування цього принципу в кримінальному провадженні допомагає забезпечити реалізацію завдань кримінального провадження в цілому та завдань окремих стадій кримінального провадження. Так, КПК у розділі 2 передбачає мету та підстави застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Метою застосування цих заходів є забезпечення дієвості кримінального провадження, вони носять виключний характер. У ст. 246 КПК передбачено, що негласні слідчі розшукові дії можуть бути проведені, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Тобто для досягнення завдань кримінального провадження можуть бути застосовані негласні розшукові дії. Таким чином, принцип пропорцій-

ності можна визначити як окремий принцип кримінального провадження, згідно з яким мета процесуальних дій має бути суспільно вагомою, а засіб її досягнення – найменш обтяжливим у конкретних умовах, втручання у сферу прав і свобод людини, застосування заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, може допускатись лише у разі крайньої необхідності, з метою забезпечення ефективної реалізації завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 КПК, та завдань окремих стадій кримінального провадження.

До загальноправових принципів, які реалізуються в усіх галузях права, у тому числі і в кримінальному процесуальному праві, слід відносити верховенство права, принцип пропорційності, законність, повагу до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; забезпечення недоторканності житла чи іншого володіння особи; таємницю спілкування; невтручання у приватне життя; недоторканність права власності; доступ до правосуддя; рівність перед законом і судом.

До міжгалузевих принципів кримінального провадження можна віднести такі, як здійснення правосуддя тільки судом; незалежність суддів і підпорядкування їх тількизакону; всебічність, повнота та неупередженість дослідження обставин кримінального провадження; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; обґрунтованість процесуальних рішень; заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення; обов'язковість судових рішень; забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; диспозитивність; публічність; змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; розумність строків; мова, якою здійснюється кримінальне провадження; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами.

Наступна група принципів кримінального провадження – це галузеві, які реалізуються на всіх його стадіях: презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини; забезпечення права на захист.

Також хотілося б у системі принципів кримінального провадження визначити принципи, які реалізуються на окремих провадженнях, а саме засади, що реалізуються в досудовому провадженні: недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування; нагляд прокурора, відомчий та судовий контроль за законністю дій і рішень органів, що здійснюють досудове провадження, та засади, що реалізуються в судовому провадженні: безпосередність дослідження показань, речей і документів; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; підтримання державного обвинувачення в суді прокурором; забезпечення вільного оскарження рішеньсуду; обов'язковість рішень суду.

Отже, принципами кримінального провадження є доктринально обґрунтовані основні правові положення, які відображають предмет і метод

кримінального процесуального регулювання, демократичну природу кримінального провадження, визначають сутність і структуру його проваджень, стадій та інститутів, спрямовують кримінальну процесуальну діяльність на досягнення завдань, поставлених державою перед кримінальним судочинством. Систему принципів кримінального провадження складають загальноправові, міжгалузеві, галузеві принципи кримінального провадження та принципи, які властиві досудовому та судовому провадженню. Система засад кримінального провадження, викладена у ст. 7 КПК, потребує доповнення такими засадами, як всебічність, повнота та об'єктивність дослідження обставин кримінального провадження, незалежність та недоторканність суддів, здійснення правосуддя тільки судом та пропорційність.

Література

1. Кучинська О.П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : монографія / О.П. Кучинська. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 288 с.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / В.Т. Бусел. – К., Ірпінь:ВТФ «Перун», 2003. – 1440 с.
3. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка / В. Даль. – М., 1980. – Т. 3. – 555 с.
4. Словарь иностранных слов. – М. : Рус. яз., 1986. – 827 с.
5. Полянский Н.Н. Методика ведения семинара по уголовному процессу / Н.Н. Полянский // Социалистическая законность. – № 2. – 1952. – С. 44.
6. Галаган О.В. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження / О.В. Галаган, Д.П. Письменний // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – № 4. – 2013. – С. 167–172.
7. Кримінальний процес : [підручник] / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
8. Навроцька В.В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України : [монографія] / В.В. Навроцька. – Л. : Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2010. – 440 с.
9. Нор В.Т. Верховенство права як засада (принцип) кримінального провадження за новим КПК України / В.Т. Нор // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали IV міжн. наук.-практ. конф., присвяченої 95-річчю з дня народження проф. М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – Одеса, 2012. – С. 417–420.
10. Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Т . І. Фулей. – К., 2003. – 20 с.
11. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса (Вопросы теории и практики) / Т. Н. Добровольская. – М. : Юрид. лит., 1971. – 199 с.
12. Строгович М. С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности / М.С. Строгович. – М. : Юриздат, 1939. – 251 с.
13. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса : в 3 т. / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.
14. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України : підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – К. : Либідь, 1992. – 413 с.
15. Громов Н. А. Принципы уголовного процесса, их понятие и система / Н.А. Громов, В.В Николайченко // Государство и право. – 1997. – № 7 – С. 33–40.
16. Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Загальна частина : [підручник. Академічне видання] / В. М. Тертишник. – К. : Алерта, 2014. – 440 с.
17. Гриненко А. В. Принцип презумпции невиновности и его реализация в досудебном уголовном процессе / А.В. Гриненко, Г.К. Кожевников , С.Ф. Шумилин. – Х. : Консум, 1997. – 97 с.
18. Тыричев И.В. Принципы советского уголовно—го процесса : [учеб. пособ.] / И. В. Тыричев. – М., 1983. – 80 с.
19. Кримінальний процес України : [підруч. для студ. юрид. вищих спец. закл. освіти] / за ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. – Х. : Право, 2000. – 496 с.

20. Кримінальний процес : [підручник] / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К. : «Центр учбової літератури», 2013. – 544 с.
21. Назаров В.В.Кримінальний процес України : [навч.посіб.] / В.В. Назаров, Г.М. Омельяненко. – К. : Атіка, 2008. – 584 с.
22. Лобойко Л.М. Кримінальний процес : підручник/ Л.М. Лобойко. – К. : Істина, 2014. – 432 с.
23. Грошевий Ю.М. Система загальних засад кримінальноьго провадження за Новим Кримінальним процесуальним кодексом України / Ю.М. Грошевий // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: матеріали IV міжн. наук.-практ. конф., присвяченої 95-річчю з дня народження проф . М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – С. 315–317.
24. Якупов Р.Х. Уголовный процесс / Научн. ред В. Н. Галузо / Р.Х. Якупов – М. : ТЕИС, 2001. – 600 с.
25. Колодій А.М. Принципи права України / А.М. Колодій. – К. : Юрінком, 1998. – 208 с.
26. Оборотов Ю.Н. Теория государства и права. Прагматический курс : [экзаменац. справочник] / Ю.Н. Оборотов. – О. : Юрид. л-ра, 2005. – 184 с.
27. Нор В.Т. Всебічність, повнота і неупередженість з'ясування обставин кримінального провадження як його засада (принцип) / В.Т. Нор // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XXI звітної наук-практ. конф. (12–13 лютого 2015 року): у 2 ч. – Ч.2. – Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2015. – С. 246–250.
28. Козюбра М.І. Верховенство права та Україна / В.І. Козюбра // Право України. – № 1–2. – 2012. – С. 30–63.

Анотація

Аленін Ю. П., Волошина В. К. **Поняття та система принципів кримінального провадження.** – Стаття.

У статті аналізуються проблеми визначення поняття та системи принципів кримінального провадження, а також розглядається питання щодо структури системи принципів кримінального провадження.

Ключові слова: засади, принципи, кримінальне провадження, система, поняття, критерії принципів.

Аннотация

Аленин Ю. П., Волошина В. К. **Понятие и система принципов уголовного производства.** – Статья.

В статье анализируются проблемы определения понятия и системы принципов уголовного производства, а также рассматривается вопрос структуры системы принципов уголовного производства.

Ключевые слова: основы, принципы, уголовное производство, система, понятие, критерии принципов.

Summary

Alenin U. P., Voloshyna V. K. **The concept and system of principles of criminal proceedings.** – Article.

The article analyzes the problems of definition and system of principles of criminal proceedings, as well as addresses the structure of the system of principles of criminal proceedings.

Key words: basics, principles, criminal proceeding, system, notion, criteria's of the principles.

УДК 343.985

В. В. Тіщенко

ЩОДО ШЛЯХІВ ОПТИМІЗАЦІЇ РОЗРОБКИ МЕТОДИК РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Нині активно розробляються криміналістичні методики розслідування різних рівнів і напрямів. Водночас теорія не встигає за запитами практики, а пропоновані методики не завжди задовольняють осіб, які ведуть розслідування. Тому виникає потреба в пошуку оптимальних моделей методик розслідування, побудованих з урахуванням сучасних теоретичних і методологічних положень криміналістичної науки.

На проблеми розробки вказаних моделей, розробки принципів формування криміналістичних методик в останні роки звертали увагу такі вчені, як І.О. Возгрін [1, с. 269–287], Ю.П. Гармаєв й О.Ф. Лубін [2], В.А. Журавель [3, с. 95–125], В.Є. Корноухов [4, с. 140–151], С.Ю. Косарєв [5, с. 238–240, 337–348], В.О. Образцов [6], М.В. Субботіна [7, с.15–17], В.В. Тіщенко [8, с.115–125], С.Н. Чурилов [9, с. 49–66], А.В. Шмонін [10, с. 70–80], Б.В. Щур [11, с. 216–235], М.П. Яблоков [12, с. 227–229].

Різноманітність ситуацій, із якими стикаються слідчі під час розслідування різних видів і масштабів злочинної діяльності, обумовлює постановку питання про можливість і доцільність створення загального методу розслідування або певної загальної, універсальної, базової моделі криміналістичної методики розслідування.

Так, С.Н. Чурилов пропонує створити вчення про загальний метод розслідування злочинів і включає в нього поняття про цей метод, його теоретичну модель, криміналістичну характеристику злочину цього виду, криміналістичну характеристику розслідування злочинів, принципи формування окремих криміналістичних методик і правила їх адаптації до конкретного акту розслідування [13, с. 54–55]. Інакше кажучи, «поняття загального методу розслідування об'єднує всі вже відомі поняття заключного розділу криміналістики», крім уявлення про поняття, історію розвитку криміналістичної методики, структуру цього розділу, завдання та значення, а також про систематизацію приватних методик розслідування та правила їх адаптації [9, с. 24].

© Тіщенко В. В., 2014

Таким чином, пропоноване вчення про загальний метод розслідування включає фактично всі теоретичні положення криміналістичної методики, що не можуть належати тільки методу (нехай навіть загальному) розслідування злочинів. Вважаємо, метод стосовно діяльності з розслідування злочинів повинен вказувати на спосіб використання теоретичних знань із метою оптимізації цієї практичної діяльності. За своїм змістом вчення про загальний метод розслідування є нічим іншим, як методологічною частиною загальних положень криміналістичної методики. Тому можна погодитися з тим, що нічого кардинально нового й ефективного для теорії та практики ця концепція не несе [14, с. 147].

Інша ідея пов'язана зі створенням базової (загальної) методики розслідування злочинів. Так, Ю.П. Гармаев та А.Ф. Лубін висловлюють таку гіпотезу: «Перш ніж формувати конкретні методики, повинна бути сформована загальна, універсальна модель, на базі якої тільки й можна створювати конкретні методики розслідування» [2, с. 79]. Така модель, на думку авторів, включає чотири етапи розслідування, відповідні їм завдання, а також рекомендовані для їх вирішення заходи й може використовуватися як шаблон під час розробки методик, а також для прикладного застосування в практиці розслідування. Вважаємо, що в такому випадку треба вести мову не про базову методику розслідування злочинів, а про формалізовану програму розслідування, яка наповнюється конкретним змістом щодо злочинів певної спрямованості. Проте запропоновані авторами чотири елементи базової методики не відображають повною мірою процес наукового дослідження слідчої діяльності.

Ідею про створення базової методики розслідування підтримує також В.А. Журавель, який пропонує розглядати таку методику у вигляді інформаційно-пізнавальної моделі. У ній учений виділяє два предметних рівня: ретроспективний і перспективний. Перший включає в себе криміналістичну характеристику злочинів певної категорії, у якій за статистичними показниками відображені кореляційні залежності між її елементами, що дозволяє відобразити типові варіанти розглянутої злочинної діяльності. Другий рівень описує типову модель розкриття злочину, що включає типові слідчі ситуації, програми розслідування, типові системи слідчих дій та оперативно-розшукових заходів. Крім того, дослідник виділяє також функціональний аспект базової моделі, який відображає взаємодію між елементами одного й різних рівнів (ретроспективного і перспективного), що дозволяє провести аналіз внутрішніх і зовнішніх каналів обміну інформацією.

У цілому можна погодитися з доцільністю побудови загальної інформаційно-пізнавальної моделі методики розслідування злочинів, хоча запропонована структура потребує уточнення й доповнення. Так, наприклад, ретроспективний рівень зазначеної моделі треба доповнити криміналістичною класифікацією злочинів, що дозволить звернути увагу на особливості криміналістичних характеристик відповідних груп злочинів. Саме між цими елементами спостерігається рух інформації в межах ретроспективного рівня, а канал руху інформації «криміналістична характеристика – ти-

пові слідчі версії» характеризує обмін інформацією між ретроспективним і перспективним рівнями розглянутої моделі.

У літературі висловлюється думка також про те, що базовою методикою варто називати систему наукових положень і розроблених на їх основі рекомендацій із розслідування декількох видів злочинів, об'єднаних на основі загальних кримінально-правових і криміналістичних критеріїв [7, с. 4]. Вважаємо, що в цьому випадку більш правильно говорити про комплексну, або міжвидову, методику розслідування злочинів, оскільки в них повинні відображатися особливості взаємозв'язку тих видів злочинів, які входять у цю злочинну діяльність, а також особливості змісту та взаємозв'язку стратегічних і тактичних завдань, що виникають у ході їх розслідування.

О.А. Крестовніков вбачає загальну концепцію розробки криміналістичної методики у виділенні її загального завдання, яке полягає в адаптації технічного й тактичного інструментарію для вирішення типових криміналістичних завдань і програмуванні цілісної системи криміналістичної діяльності. Методологічну основу криміналістичної методики, на його думку, складають два розділи: 1) формування й опис типових інформаційних моделей злочинної діяльності; 2) утворення й використання моделей типових інформаційних моделей і програм криміналістичної діяльності [15, с. 248]. Крім того, він виокремлює такі принципи побудови окремих криміналістичних методик: а) типізація; б) оптимальний рівень загальності методики; в) системність; г) оптимальність рівня алгоритмізації [15, с. 249–252].

Треба зауважити, що сформульоване О.А. Крестовніковим загальне завдання криміналістичної методики звужує її науковий інструментарій, не передбачає розробку й використання властивих саме їй засобів і методів, не характеризує специфіку завдань і змісту «криміналістичної діяльності». Досить абстрактно виглядають і принципи побудови окремих криміналістичних методик, що зводяться до оптимальної класифікації останніх та оптимального рівня алгоритмізації розслідування. Звідси аморфною й позбавленої відповідної специфіки видається представлена автором структура криміналістичної методики розслідування: 1) організаційно-технічне, інформаційне, нормативно-правове забезпечення; 2) організація взаємодії учасників; 3) версійна та прогностична проробка вихідної ситуації; 4) планування, моделювання та програмування процесу дослідження; 5) виявлення, фіксація, декодування й систематизація криміналістичної інформації; 6) прийняття проміжних рішень і встановлення доказових фактів; 7) формування інтегральної інформаційної моделі об'єкта, що досліджується; 8) рішення кінцевого криміналістичного завдання [15, с. 252].

Вважаємо, що формування загальної (базової) моделі криміналістичних методик розслідування різних рівнів і видів повинно відбуватися не на основі якогось загального методу розслідування або універсальної, базової методики, а на основі спеціальних принципів, що дозволяють врахувати системно-діяльнісний, функціонально-технологічний та евристичний характер розслідування з метою його оптимізації й вирішення поставлених перед ним завдань.

До принципів формування криміналістичних методик, на нашу думку, варто віднести такі вихідні положення:

1) розгляд і вивчення злочинної діяльності та слідчо-криміналістичної діяльності з позицій системно-діяльнісного й функціонально-технологічного підходів;

2) використання положень і новітніх досягнень природничих, технічних і гуманітарних наук;

3) використання досвіду слідчої практики шляхом її аналізу й узагальнення з наступною екстраполяцією в теорію й методологію розслідування;

4) розробка й систематизація методичних рекомендацій на основі криміналістичної класифікації злочинів і злочинної діяльності;

5) розробка методів пошуку доказової інформації на основі криміналістичного аналізу злочинів і створення їх інформаційно-пізнавальних моделей – криміналістичних характеристик відповідних груп, видів і підвидів злочинів;

6) визначення напряму розслідування з урахуванням особливостей обставин, що підлягають встановленню щодо злочинів відповідного виду;

7) визначення стратегічних завдань розслідування з урахуванням особливостей його початкового й наступного етапів;

8) розробка методичних рекомендацій на основі виділення типових вихідних і наступних слідчих ситуацій та їх інформаційної оцінки;

9) розгляд типових тактичних завдань та окремих версій, що постають із виділених слідчих ситуацій, а також використання технологічного підходу під час розробки програм їх вирішення й перевірки, які передбачають слідчі дії, оперативно-розшукові й організаційні заходи, використання спеціальних знань, тактичні операції, що здійснюються в певній послідовності, та умови їх проведення;

10) аналіз особливостей тактичних і технічних прийомів і засобів, що використовуються в ході проведення окремих слідчих дій і тактичних операцій.

Таким чином, перші п'ять принципів утворюють методологічні передумови, які зумовлюють науково обґрунтовану побудову базової моделі діяльності з розслідування злочинів. За допомогою таких принципів конструюється програмно-цільовий комплекс розумової та практичної діяльності щодо оптимальної організації й забезпечення розслідування.

Вважаємо, система названих принципів є ключем до теоретичного формування методик розслідування окремих категорій злочинів. Ці принципи детермінують зміст і структуру окремих методик, а також слугують основою для успішної адаптації розроблених методик до розслідування конкретних злочинів або для побудови методики розслідування самим слідчим за відсутності відповідної науково розробленої методики.

Проблеми формування методик розслідування пов'язані також із проблемою класифікації криміналістичних методик, якій було присвячено чимало досліджень.

Центральним рівнем криміналістичних методик зазвичай вважаються методики окремих видів злочинів. Виділяються також методики розсліду-

вання більш вузької спрямованості: вбивств на замовлення, кишенькових крадіжок, розкрадань у будівельних організаціях тощо. Зазначені методики можна ще більше звузити, ввівши додаткові ознаки, наприклад: методика розслідування кишенькових крадіжок, вчинених у міському транспорті, або методика розслідування замовних убивств, вчинених щодо політичних діячів. Вважаємо, що в такому випадку краще говорити про методичні особливості розслідування певних різновидів базового виду злочинів в умовах відповідних типових слідчих ситуацій. Навряд чи можна погодитися з виділенням методик встановлення алібі, встановлення винної особи «за гарячими слідами», виявлення інсценувань. Щодо цього цілком слушно В.Є. Корноухов зауважує, що мова повинна йти не про методики, а про окремі тактичні завдання [4, с. 148]. Крім того, незважаючи на деякі спільні риси, засоби й методи їх вирішення набувають специфіки залежно від виду й характеру злочинів.

Часто, звертаючи увагу на актуальність методики розслідування тих чи інших злочинів (як правило, нових видів), дослідники відмовляються від її розробки з причини недостатньої кількості емпіричного матеріалу або його відсутності. У літературі нерідко наголошується, що обов'язковим у побудові кожної методики є вивчення й узагальнення достатнього масиву кримінальних справ із відповідного виду злочинів [14, с. 155]. Погоджуємося із зауваженням стосовного того, що криміналісти не вправі сидіти й чекати, поки практика накопичить тисячі судових прецедентів, перш ніж перейти до їх узагальнення й формулювання рекомендацій [2, с. 53]. Керуючись запропонованими принципами формування окремих методик, доцільно розробляти орієнтуючі моделі таких «випереджуючих» методик із подальшим їх коригуванням і наповненням більш конкретним та емпірично обґрунтованим змістом. У такому разі треба використовувати методи прогнозування, екстраполяції, аналогії, моделювання [16, с. 281–282]. Такі методики можуть називатися «Теоретичні основи методики розслідування...» відповідної категорії злочинів.

Заслуговує на увагу також питання про форму та зміст криміналістичних методик розслідування. У сучасних методиках розслідування все частіше з'являються програми розслідування, спрощується виклад пояснюючого матеріалу. Справа в тому, що велика кількість теоретичних положень, докладний виклад дискусійних поглядів і їх критичний аналіз ускладнюють сприйняття практиком запропонованих методичних і тактичних рекомендацій, роблять методику з точки зору слідчого малоефективною для практичного використання. Проте чи означає це, що теоретичні й методологічні положення у викладі окремих методик розслідування у всіх випадках повинні бути виключені? Це не так. Усе залежить від того, на якому етапі формування знаходиться ця методика, наскільки теоретично й емпірично обґрунтована, наскільки аргументовані й апробовані викладені в ній рекомендації і, нарешті, кому вона адресована.

У дисертаційних і монографічних дослідженнях повинні знайти наукове обґрунтування погляди автора на принципи формування й побудови мето-

дики, яка ним розроблюється з використанням усього арсеналу теоретичних знань, що відносяться до об'єкта та предмета дослідження; повинні розглядатися дискусійні питання, аналізуватися й узагальнюватися практика, висловлюватися власні рекомендації щодо методики й тактики розслідування цієї категорії злочинів. У підручниках і навчальних посібниках теоретичні положення викладаються в більш лаконічній формі й носять лише пояснювальний характер. У них обґрунтовуються запропоновані для успішного розслідування методи, прийоми й засоби, які вибудовуються в певну систему. У посібниках із розслідування злочинів доцільно особливу увагу приділити викладу програм дій слідчого, які будуються залежно від криміналістичної характеристики цієї групи злочинів і типових слідчих ситуацій. Р.С. Бєлкін вважає, що програми розслідування не повинні підміняти собою окремі методики, проте й не повинні включатися в їх зміст [17, с. 724]. Якщо з першою частиною цієї точки зору потрібно погодитися, то друга викликає заперечення. Вважаємо, теоретичне дослідження, присвячене розробці окремої методики розслідування, має включати в себе також прикладні (прагматичні) аспекти у вигляді рекомендованих програм і алгоритмів розслідування [18]. Тому можна погодитися з думкою В.А Журавля стосовно того, що окремі криміналістичні методики можуть бути виражені в трьох формах: описова, формалізована та змішана [3, с. 125]. Головне тут – визначити основну функцію, призначення пропонованої методики та збалансувати в її положеннях теоретичну, пояснювальну й прагматичну складові.

Література

1. Возгрин И.А. Введение в криминалистику / И.А. Возгрин. – СПб. : Ассоциация «Юридический центр», 2003. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lawdiss.org.ua/books/a1780.doc.html.
2. Гармаев Ю.П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений. Теория и практика / Ю.П. Гармаев, А.Ф. Лубин ; Ассоциация «Юридический центр». – СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. – 303 с.
3. Журавель В.А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : [монографія] / В.А. Журавель. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2012. – 304 с.
4. Корноухов В.Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В.Е. Корноухов. – М. : Норма, 2008. – 213 с.
5. Косарев С.Ю. История и теория криминалистической методики расследования преступлений / С.Ю. Косарев. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2008. – 351 с.
6. Образцов В.А. Криминалистика: модели средств и технологий раскрытия преступлений / В.А. Образцов. – М. : Изд-во ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2004. – 400 с.
7. Субботина М.В. Базовая методика расследования преступлений: суть и значение / М.В. Субботина // Вестник криминалистики. – М., 2007. – Вып. 1(21). – С. 15–17 ; Субботина М.В. Структура базовой методики расследования преступлений / М.В. Субботина // Вестник криминалистики. – М., 2006. – Вып. 2(18). – С. 4–7.
8. Тіщенко В.В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : [монографія] / В.В. Тіщенко. – О. : Фенікс, 2007. – 216 с.
9. Чурилов С.Н. Криминалистическая методика расследования: проблемы, тенденции, перспективы / С.Н. Чурилов. – М. : Юстицинформ, 2011. – 128 с.
10. Шмонин А.В. Методология криминалистической методики / А.В. Шмонин. – М. : Юристъ, 2010. – 480 с.

11. Щур Б.В. Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик / Б.В. Щур. – Х. : Харків юридичний, 2010. – 320 с.
12. Яблоков Н.П. О некоторых проблемах разработки криминалистической методики преступлений / Н.П. Яблоков // Вестник криминалистики. – М., 2005. – Вып. 3(15). – С. 12–24.
13. Чурилов С.Н. Методика расследования преступлений. Общие положения / С.Н. Чурилов. – М. : Юстицинформ, 2009. – 145 с.
14. Яблоков Н.П. Криминалистика: природа и система / Н.П. Яблоков, Ф.Ю. Головин. – М. : Норма, 2005. – 288 с.
15. Крестовников О.А. Системно-деятельностный анализ методологии криминалистики : [монография] / О.А. Крестовников. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 272 с.
16. Журавель В.А. Трансформации криминалистической методики в современных условиях / В.А. Журавель // Криміналістика та судова експертиза: наука, навчання, практика : зб. наук. пр. : у 2 т. / уклад. : Г.С. Малєвскі, В.С. Шепітько. – Х. : Апостіль, 2014. – Т. 1. – С. 273–284.
17. Белкин Р.С. Курс криминалистики / Р.С.Белкин. – М. : Юрист, 2001. – 784 с.
18. Ищенко Е.П. Алгоритмизация следственной деятельности / Е.П. Ищенко, Н.Б. Водянова. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 304 с.

Анотація

Тіщенко В. В. **Щодо шляхів оптимізації розробки методик розслідування злочинів.** – Стаття.

У статі аналізуються сучасні підходи до формування криміналістичних методик розслідування злочинів. Розглядаються спірні питання створення загального методу розслідування й базової криміналістичної методики. Висловлюється думка про можливість і доцільність утворення загальної базової моделі криміналістичної методики на основі запропонованих принципів побудови останньої. Розглянуто деякі дискусійні питання класифікації, умов розробки й функцій криміналістичної методики розслідування.

Ключові слова: методики розслідування злочинів, оптимізація, криміналістична методика.

Аннотация

Тищенко В. В. **О путях оптимизации разработки методик расследования преступлений.** – Статья.

В статье анализируются современные подходы к формированию криминалистических методик расследования преступлений. Рассматриваются спорные вопросы создания общего метода расследования и базовой криминалистической методики. Высказывается мнение о возможности и целесообразности создания базовой модели криминалистической методики на основе предложенных принципов построения последней. Рассмотрены некоторые дискуссионные вопросы классификации, условий разработки и функций криминалистической методики расследования.

Ключевые слова: методики расследования преступлений, оптимизация, криминалистическая методика.

Summary

Tishchenko V. V. **As for ways to optimize the development of methods of investigating crimes.** – Article.

The article examines current approaches to the formation of forensic techniques crime investigation. We consider the controversial issue of establishing a general method and basic forensic investigation techniques. It has been suggested the possibility and feasibility of the formation of general basic model of forensic techniques based on the proposed construction principles of the latter. We consider some discussion the classification, terms of development and functions of forensic investigation techniques.

Key words: crime investigation techniques, optimization, forensic technique.

УДК 347.45;346.62

О. П. Подцерковний

ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ФІНАНСОВОЇ УСТАНОВИ ЗА ДОГОВОРОМ БАНКІВСЬКОГО РАХУНКУ (НА ПРИКЛАДІ ОБІГУ БАНКІВСЬКИХ МЕТАЛІВ)

Розвиток фінансово-банківської сфери сьогодні приводить до виникнення різноманітних новітніх форм опосередкування договірних відносин між банками та їх клієнтами, що спрямовуються на формування механізмів інвестування коштів громадянами й суб'єктами господарювання в умовах економічної нестабільності та економічних ризиків. Ідеться, зокрема, про впровадження в Україні таких договірних конструкцій для забезпечення запозичень банківських установ, які здатні надати інвесторам гарантії збереження купівельної спроможності капіталу. Банківські метали в цьому контексті виявляються досить перспективним об'єктом банківських правочинів. Водночас відсутність окремого законодавчого врегулювання в цій сфері та традиційне складне просування в національному правовому середовищі правових інститутів, що вимагають змішаних договірних форм, наявність великої кількості законів, норми яких окремі особи намагаються поширити не за призначенням, а з метою досягнення певних економічних вигод, утворює неоднакову судову практику та провокує тривалі судові суперечки в цій сфері.

Декілька таких суперечливих питань виникає у зв'язку із застосуванням заходів відповідальності за порушення банками договорів банківського рахунку, об'єктом яких є не грошові кошти, а банківські метали. Ця проблема знайшла відображення в низці спорів, які розглядалися судовими органами, у тому числі Верховним Судом України.

Перша група спорів торкається питання про те, чи має договір банківського рахунку, що обліковується в банківських металах, усі ознаки грошового зобов'язання. Відповідь на це питання була досить очевидною, враховуючи прив'язку предмета договору саме до банківських металів, а не грошей. Тому Верховний Суд України прогнозовано визначився з тим, що такий договір не є грошовим зобов'язанням, відповідно, його порушення не тягне відповідальність за статтею 625 Цивільного кодексу України

© Подцерковний О. П., 2014

(далі – ЦК України), призначеною для випадків прострочення виконання грошового зобов'язання [1].

Друга група спорів торкається більш складної проблеми, адже передбачає необхідність установлення природи додаткових зобов'язань сторін у договорах змішаного типу, яким є договір банківського рахунку в банківських металах.

Один із таких спорів розглядався в 2014 р. Зокрема, ідеться про справу № 6-34цс14 щодо спору між громадянином Л. та комерційним банком Н. про стягнення пені й відшкодування збитків за невиконання платіжного доручення, щодо якої автор цієї статті як член Науково-консультативної ради у зв'язку з неоднаковим застосуванням норм матеріального права судом касаційної інстанції надав висновок Верховному Суду України. Судова палата Верховного Суду України Постановою від 25.06.2014 р. [2] підтримала наданий науковий висновок. Водночас стислий стиль мотивувальної частини рішення суду не дозволяє зрозуміти всі складові доктринальної підстави для його прийняття. У зв'язку із цим важливо докладно зупинитися на цій справі.

У справі № 6-34цс14, яка стала предметом перегляду Верховним Судом України, між громадянином Л. і банком Н. було укладено договір банківського рахунку, предметом якого було відкриття банком клієнту поточного рахунку в банківських металах у золоті. Пунктами 2.3.1, 2.3.4 договору було передбачено, що банк зобов'язується приймати й зараховувати на рахунок клієнта банківські метали, виконувати розпорядження клієнта про перерахування й видачу банківських металів із рахунку та проведення інших операцій за рахунком відповідно до нормативних документів Національного банку України, внутрішніх положень банку та договору, здійснювати списання банківських металів із поточного рахунку на підставі розпорядження клієнта. На виконання платіжних доручень громадянина Л. щодо перерахування банківських металів банк перерахував на поточний рахунок Л., відкритий у банку Т., кошти в сумі, що є еквівалентом банківських металів (золота), з порушенням строку, передбаченого для виконання таких платіжних доручень.

У цій справі одні судові органи задовольняли позовні вимоги про стягнення з банку на користь позивача (вкладника) пені за порушення строку виконання переказу в разі, якщо банківська установа своєчасно не повернула банківські метали, які обліковувалися на рахунку, і несвоєчасно виконала платіжні доручення на перерахування відповідних коштів на рахунки одержувача. При цьому суди виходили з того, що банк-платник, прийнявши до виконання платіжні доручення про перерахунок коштів із банківського рахунку вкладника, відкритого в банку, на його рахунок, відкритий в іншому банку, взяв на себе обов'язок щодо виконання цих платіжних доручень. Оскільки взяті на себе зобов'язання банком виконано не було, то за статтею 611 ЦК України й умовами договору банківського рахунку було зроблено висновок, що останній несе відповідальність за порушення строку виконання прийнятого на себе зобов'язання, зокрема,

відповідальність під час здійснення переказу, передбачену положеннями статті 32 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні».

Інші судові органи в подібних правовідносинах приймали протилежні висновки, вважаючи, що у відносинах між банком і клієнтом щодо приймання банком банківських металів відсутні елементи розрахункових відносин, тому відповідальність банківських установ за порушення строків переказів не має застосовуватися.

Отже, проблемою виявилося розуміння правової природи договору банківського рахунку (вкладу) у банківських металах та послуг банку у зв'язку з його виконанням. Зокрема, виникає питання про розповсюдження на обіг банківських металів положень законодавства про платіжні системи й переказ коштів.

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банківські рахунки – це рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів; вклад (депозит) – це кошти в готівковій або в безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку та підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України й умов договору. При цьому відповідно до положень статей 524, 533, 625 ЦК України грошовим є зобов'язання, яке виражається в грошових одиницях України (грошовому еквіваленті в іноземній валюті), тобто будь-яке зобов'язання зі сплати коштів. Положеннями статті 192 ЦК України визначено, що до грошей (грошових коштів), які є законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, належить гривня – грошова одиниця України, а також іноземна валюта.

Водночас обіг іноземної валюти на території України підпорядковується спеціальному правовому режиму, встановленому законодавством України, зокрема Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного врегулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 р. (далі – Декрет).

У статті 1 Декрету зазначено, що під терміном «іноземна валюта» розуміється як власне іноземна валюта, так і банківські метали, платіжні документи та інші цінні папери, виражені в іноземній валюті чи банківських металах.

Останнє твердження утворює чи не найбільшу суперечність у питанні обігу банківських металів, адже якщо поширювати на відносини з обігу за рахунками банківських металів положення щодо використання валюти, то виникають достатньо обґрунтовані підстави для поширення на відповідні відносини положень законодавства про переказ коштів.

Статтею 32 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» передбачається відповідальність банку, що обслуговує платника, за порушення, пов'язані з проведенням переказу. Зокрема, у разі порушен-

ня банком, що обслуговує платника, строків виконання доручення клієнта на переказ коштів цей банк зобов'язаний сплатити платнику пеню.

Отже, виникає непросте питання про те, чи настає для банку, який обслуговує платника, відповідальність, передбачена статтею 32 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» під час здійснення переказу коштів, якщо предметом договору банківського вкладу є банківські метали, а виконання платіжного доручення на переказ коштів здійснено в коштах у відповідному еквіваленті.

Вирішення цього питання потребує послідовного з'ясування не лише природи спірних правовідносин, а й юридичних ознак грошей і властивостей грошових зобов'язань, зокрема таких, що постають із договорів зберігання, банківського вкладу та банківського рахунку в тому значенні, у якому вони застосовуються в цивільному законодавстві України.

Можна з упевненістю зробити висновок, що положення Декрету в частині віднесення банківських металів до «іноземної валюти» не можуть тлумачитися поширювально, розповсюджуючись на поняття коштів (грошей), що застосовується в цивільному та банківському законодавстві, зокрема, у Законі України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні».

По-перше, у Декреті прямо застерігається, що ці поняття ототожнюються «для цілей цього Декрету». Побічно на це вказує також інша термінологія Декрету: «Для цілей цього Декрету <...> «іноземна валюта» розуміється як власне іноземна валюта, так і банківські метали, платіжні документи та інші цінні папери, виражені в іноземній валюті або банківських металах» (виділено нами – О. П.). Тобто законодавець чітко розмежовує загальноприйняте розуміння іноземної валюти та його виняткове розуміння в Декреті. Отже, режим обігу грошей, зокрема іноземної валюти, та банківських металів і цінних паперів зазвичай розмежовуються, можуть збігатися лише у випадках, прямо визначених у законі чи договорі.

По-друге, розмежування режиму грошей і банківських металів підтверджується систематичним тлумаченням. Якби під іноземною валютою за загальним правилом розумілися банківські метали й цінні папери, то поняття грошового зобов'язання ототожнювалося б із зобов'язаннями з передачі будь-яких цінних паперів і банківських металів. У свою чергу це призвело б до того, що не лише грошовий платіж як компенсація вартості за цінні папери й банківські метали вважався б грошовим зобов'язанням, а й власне зобов'язання з передачі самих цінних паперів і банківських металів вважалося б грошовим зобов'язанням. Цим змішувалися б поняття грошей та інших речей, наділених родовими ознаками.

Подібне змішування не відповідає ні законодавчим, ні доктринальним підходам.

ЦК України прямо відмежовує гроші як об'єкт речових прав від інших речей і цінних паперів у статтях 192, 193, 194. При цьому виділяються лише два види грошей: законний платіжний засіб (гривня) та іноземна валюта. Крім того, у положеннях частин 1 та 3 статті 509, статей 526, 629 ЦК України сплата грошей відмежовується від передачі майна як пред-

мета зобов'язання. Зокрема, зобов'язанням визнається правовідношення, у якому «одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку» (виділено нами – *О. П.*).

Поняття коштів надано в статті 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», у якій зазначено, що кошти в Україні існують у готівковій формі (формі грошових знаків) або в безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках). Грошові знаки випускаються у формі банкнот і монет, що мають зазначену на них номінальну вартість. Гривня як грошова одиниця України (національна валюта) є єдиним законним платіжним засобом в Україні, приймається всіма фізичними та юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України для проведення переказів і розрахунків.

У доктрині чітко розмежовуються властивості як грошей, так і цінних паперів, дорогоцінних металів та інших речей, визначених родовими ознаками.

Зокрема, Л.А. Лунц, найвідоміший фахівець у галузі юридичних властивостей грошей і грошових зобов'язань, неодмінною характеристикою грошей вважав їх легальну платіжну силу, якої позбавлені інші речі [3, с. 28–29].

Це означає, що предмети, не визнані законом легальним платіжним засобом, навіть які містять низку економічних властивостей грошей (як, наприклад, дорогоцінні метали), все одно не набувають юридичних властивостей грошей, не можуть використовуватися в грошових зобов'язаннях із притаманним останнім особливим правовим режимом. Ідеться навіть про наближені до юридичної форми грошей різнорідні активи в економічному смислі: «квазігроші» та «грошові сурогати», «ощадні й чекові рахунки» тощо. Те саме стосується «електронних грошей». Часто ці активи мають високій ступінь ліквідності, що наближає їх до грошей, вони здатні обмінюватися на товари й послуги. Проте в законодавстві, тобто в юридичному значенні, ці платіжні засоби не визнаються грошима – легальним платіжним засобом, тому операції з їх обігу не є грошовими.

Отже, за своєю природою зобов'язання з передачі банківських металів клієнтом банку не є грошовим за предметом, а тому належить до групи зобов'язань із передачі майна (купівля-продаж, зберігання, позика, послуги тощо), на нього не поширюються особливі положення законодавства щодо грошових зобов'язань, у тому числі щодо місця виконання, способу виконання, відповідальності за порушення грошового зобов'язання, банкрутства тощо.

У зв'язку з особливістю грошей як предмета зобов'язання положення глав 71 та 72 ЦК України про договір банківського вкладу та договір банківського рахунку не можуть поширюватися на відносини з внесення в банки дорогоцінних металів. Адже відповідно до статті 1058 ЦК України за договором банківського вкладу (депозиту) ідеться про передачу «грошової суми (вкладу)». Аналогічно згідно зі статтею 1066 ЦК України предметом

договору банківського рахунку є «грошові кошти клієнта», а не будь-які інші речі, визначені родовими ознаками, чи цінні папери. У статті 1089 ЦК України про розрахунки платіжним дорученням чітко зазначено: «Банк зобов'язується за дорученням платника *за рахунок грошових коштів, що розміщені на його рахунку в цьому банку,* переказати певну грошову суму на рахунок визначеної платником особи (одержувача) у цьому чи в іншому банку в строк <...>» (курсив наш – *О. П.*).

Для відносин із передачі банківських металів клієнтом банку традиційно використовується договір позики чи зберігання, послуги, купівлі-продажу тощо.

Той факт, що аналізований договір має назву «договір банківського рахунку», не робить його підставою виникнення саме грошового зобов'язання. Цей договір за природою має всі ознаки змішаного договору, в основі якого лежить зберігання цінностей у банку (стаття 969 ЦК України) з правом банку їх використовувати за плату (стаття 944 ЦК України), надання послуг клієнту (стаття 901 ЦК України) та договору купівлі-продажу з відкладальною умовою (стаття 212 ЦК України).

Про це, зокрема, свідчать певні права й обов'язки банка та клієнта. Наприклад, банк має право «використовувати банківські метали на рахунку клієнта <...> приймати та зараховувати на Рахунок Клієнта банківські метали <...> здійснювати плату за залишком банківських металів <...> перебування Банківських металів на зберіганні у банку <...> зараховувати банківські метали <...>» (пункт 2.3.3); «здійснювати списання банківських металів <...>» (пункт 2.3.4); «видати Клієнту за його заявою з рахунку банківські метали <...>» (перше речення пункту 2.3.5.); «за неможливості видачі злитків відповідного номіналу Банк зобов'язується викупити, а Клієнт погоджується з тим, що Банк здійснює викуп відповідної кількості банківського металу за ціною викупу <...>» (друге речення пункту 2.3.5). Клієнт зобов'язується «сплачувати комісії <...> в частині, що визначає вартість обслуговування рахунку та проведення операцій по ньому» (пункт 2.4.9) тощо.

Положення відповідних договорів про розрахунково-касове обслуговування клієнта не заперечують можливість їх застосування до операцій із банківськими металами. Ведення рахунку банківських металів цілком відповідає їх природі як речей, що мають родові ознаки, а отже, потребують обліку та розрахунково-касового обслуговування.

Основним зобов'язанням банку перед клієнтом в аналізованому випадку є повернення банківських металів.

Грошове зобов'язання при цьому виникає на підставі договору купівлі-продажу лише в разі «неможливості видачі злитків відповідного номіналу», коли банк «зобов'язується викупити, а Клієнт погоджується з тим, що Банк здійснює викуп відповідної кількості банківського металу за ціною викупу», про що було зазначено, зокрема, у пункті 2.3.5 спірного договору.

Заява, подана клієнтом банку, про видачу банківських металів із його рахунку в цьому сенсі не може вважатися «дорученням на переказ ко-

штів», а є заявою про видачу цінностей, переданих на зберігання. Банк не зобов'язаний виконувати відповідну заяву як платіжне доручення на переказ коштів. Ця заява ні за формою, ні за змістом не відповідає поняттю доручення на переказ коштів згідно з банківськими правилами.

Саме тому на відносини щодо виконання цієї заяви не поширюються положення Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів», у тому числі не можуть поширюватися на ці відносини положення статті 32 цього закону.

Заява клієнта про видачу банківських металів слугує підставою для повернення банківських металів у 5-денний строк. При цьому після завершення цього терміну цілком може бути кваліфіковане настання обставини, з якою пов'язується обов'язок банку викупити банківські метали згідно зі змістом договору та статтею 692 ЦК України. Із цього моменту виникає грошове зобов'язання банку з оплати банківських металів. Однак це зобов'язання також не може вважатися таким, що пов'язане з виконанням банком «доручення на переказ коштів», адже є окремим грошовим зобов'язанням банку (покупця банківських металів) перед клієнтом (продавцем банківських металів).

У цьому разі кошти, які банк має сплатити клієнту за викуп банківських металів, не є коштами клієнта на банківському рахунку чи такими, що надходять на його рахунок. Ці кошти належать саме банку, знаходяться на його рахунку до зарахування на рахунок клієнта – продавця банківських металів.

Платіжне доручення клієнта на зарахування на його рахунок відповідних коштів від продажу банківських металів не підпадає під режим виконання «доручення на переказ коштів» із банківського рахунку. Про це, зокрема, свідчать певні чинники.

По-перше, договір банківського рахунку для операцій із банківськими металами, як зазначалося вище, не може ототожнюватися з договором банківського рахунку для операцій із коштами, а операція здійснюється в аналізованому випадку саме на виконання договору для операцій із банківськими металами.

По-друге, згідно зі статтею 1066 ЦК України «за договором банківського рахунку банк зобов'язується приймати й зараховувати на рахунок, відкритий клієнтові (володільцеві рахунка), грошові кошти, що йому надходять, виконувати розпорядження клієнта про перерахування й видачу відповідних сум із рахунку та проведення інших операцій за рахунком» (підкреслено нами – *О. П.*). Отже, у разі несплати банком клієнту плати за придбані банківські метали ці кошти мають вважаються спірними, а не такими, що «надходять клієнту» або підлягають «видачі з рахунку», як це відбувалося б на підставі звичайного договору банківського рахунку. Не випадково в частині 5 пункту 1.19 Інструкції про безготівкові розрахунки в національній валюті в України, затвердженій постановою Національного банку України від 21.01.2004 р. № 22, зазначено: «Платники й отримувачі коштів здійснюють контроль за своєчасним проведенням розрахунків та

розглядають претензії, що виникли, без участі банку». У цьому разі під час отримання доручення клієнта на перерахування коштів банківська установа діє на підставі договору зберігання банківських металів, а не звичайного договору банківського рахунку.

У такому разі спеціальна правосуб'єктність банківської установи як покупця банківських металів не співпадає з її правосуб'єктністю як обслуговуючої кошти клієнта установи, що несе відповідні правові наслідки для розмежування відповідальності у відносинах купівлі-продажу та відносинах із договору банківського рахунку.

По-третє, положення параграфа 2 глави 74 про порядок виконання платіжного доручення не стосуються питань перерахування коштів, не зарахованих на банківський рахунок. Зокрема, згідно із частиною 3 статті 1090 ЦК України платіжне доручення платника «приймається банком до виконання за умови, що сума платіжного доручення не перевищує суми грошових коштів на рахунку платника, якщо інше не встановлено договором між платником і банком (курсив наш – О. П.)». На рахунку клієнта за аналізованим договором знаходилися банківські метали, а не грошові кошти, тому банківська установа не повинна була приймати відповідне доручення до виконання.

Таким чином, на банк, що обслуговує клієнта на підставі договору про зберігання банківських металів, під час здійснення платежу на користь клієнта після викупу цим банком банківських металів не може поширюватися відповідальність, передбачена статтею 32 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні». Грошові зобов'язання з оплати коштів у разі неможливості повернути банківські метали не можуть тлумачитися такими, що постають із договору банківського вкладу, договору банківського рахунку чи зобов'язання з виконання платіжного доручення в розумінні статей 1066, 1058 та 1089, 1090 ЦК України.

Ця проблема доводить, що розмежування форми й змісту договорів банківського характеру має відбуватися відповідно до призначення договору та передбачати врахування специфіки грошових зобов'язань, предметом яких не можуть вважатися інші речі, ніж легальний платіжний засіб, яким є гроші.

Література

1. Постанова Верховного Суду України від 30.04.2014 р. у справі № 6-38цс14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/b2c7330eed9c0643c2257cd700481ce5/$FILE/6-38%D1%86%D1%8114.doc.
2. Постанова Верховного Суду України від 25.06.2014 р. у справі № 6-34цс14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/d8ccf265593063adc2257d0b001eae12/$FILE/6-34%D1%86%D1%8114.doc.
3. Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве / Л.А. Лунц ; редкол. : А.В. Белевич, В.С. Ем, Т.В. Мальчикова, А.Е. Шерстобитов. – М. : Статут, 1999. – 352 с.

Анотація

Подцерковний О. П. **Проблеми відповідальності фінансової установи за договором банківського рахунку (на прикладі обігу банківських металів).** – Стаття.

У статті досліджується правова природа договору банківського рахунку з позиції застосування засобів відповідальності до фінансової установи під час зберігання банківських металів. Зроблено висновок, що грошові зобов'язання з оплати коштів у разі неможливості повернути банківські метали не можуть тлумачитися такими, що постають із договору банківського вкладу, договору банківського рахунку чи зобов'язання з виконання платіжного доручення в розумінні положень Цивільного кодексу України.

Ключові слова: фінансові установи, грошові зобов'язання, договір банківського рахунку, банківські метали, платіжне доручення, Цивільний кодекс України.

Аннотация

Подцерковный О. П. **Проблемы ответственности финансового учреждения по договору банковского счета (на примере обращения банковских металлов).** – Статья.

В статье исследуется правовая природа договора банковского счета с точки зрения применения мер ответственности к финансовому учреждению при хранении банковских металлов. Сделан вывод, что денежные обязательства по оплате денежных средств в случае невозможности вернуть банковские металлы не могут толковаться вытекающими из договора банковского вклада, договора банковского счета или обязательства по выполнению платежного поручения в понимании положений Гражданского кодекса Украины.

Ключевые слова: финансовые учреждения, денежные обязательства, договор банковского счета, банковские металлы, платежное поручение, Гражданский кодекс Украины.

Summary

Podtserkovnyi O. P. **The problems of financial institution's responsibility according to bank account agreement (on example of precious metals' circulation).** – Article.

The article examines the legal nature of a bank account in terms of application of the responsibility to financial institutions during storage of precious metals. It is concluded that the obligation to pay money in case of failure to return the precious metals can not be interpreted as being based on the bank deposit agreement, bank account agreement or obligation of payment order within the meaning of the Civil Code of Ukraine.

Key words: financial institutions, money liabilities, bank account agreement, precious metals, money order, Civil Code of Ukraine.

УДК (347.1/7+316.32):001.2

Є. О. Харитонов

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ТА ПРИВАТНЕ ПРАВО: ПИТАННЯ КОРЕЛЯЦІЇ

Постановка проблеми. У контексті євроінтеграційних зусиль України загострюється проблема виконання нею внутрішніх і зовнішніх зобов'язань щодо створення сприятливого правового середовища для розвитку громадянського суспільства. Зазначена проблема має досить тривалу історію.

Так, ще в 2012 р. в аналітичній доповіді Національного інституту стратегічних досліджень зверталася увага на те, що згідно із даними дослідження Індексу сталості неурядових організацій Агентства США з міжнародного розвитку оцінка правового середовища для розвитку громадянського суспільства є найслабшою порівняно з іншими показниками розвитку третього сектору України. Ця оцінка України є незмінно низькою з 2004 р., значно відстає від аналогічних оцінок для всіх нових членів Європейського Союзу (далі – ЄС) та є єдиним показником, за яким Україна не є лідером серед країн СНД. У цьому Україна відстає від Грузії, а також Македонії, Боснії й загалом від середнього показника стану законодавчого середовища для громадянського суспільства в країнах колишньої Югославії, Болгарії, Румунії (останні Україна випереджає за загальним середнім показником). Процеси трансформації громадянського суспільства на шляху утвердження демократії потребують удосконалення політики сприяння його розвитку. Існує необхідність у повноцінному законодавчому забезпеченні суспільних відносин у цій сфері й модернізації чинного національного законодавства [1, с. 31–32].

Варто зазначити, що вітчизняна правова наука не залишає поза увагою відповідну проблематику [2], а журнал «Право України» обрав блок питань «Громадянське суспільство в Україні: сучасний стан і стратегія розвитку» актуальною темою номеру № 4 за 2014 р. [3, с. 9–152]. Разом із тим низка проблем не так часто, як того заслуговує, стає предметом спеціальних наукових досліджень, через що деякі важливі питання залишаються невирішеними. Характерним у цьому сенсі є та обставина, що, наприклад, у згаданій вище аналітичній доповіді Національного інституту

© Харитонов Є. О., 2014

стратегічних досліджень ідеться про взаємодію інституцій громадянського суспільства з органами державної влади, про розвиток місцевої демократії та впровадження нових форм місцевої самоорганізації громадян, про правове середовище для розвитку громадянського суспільства, проте про приватне право як таке навіть не згадується.

Враховуючи зазначене, доцільно розглянути концепти «громадянське суспільство», «приватне право», їхнє співвідношення та значення приватного права для створення сприятливого правового середовища для розвитку громадянського суспільства.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи ту обставину, що визначенню й характеристиці громадянського суспільства присвячено чималу кількість монографічних праць [4, с. 152] та статей [5, с. 9–16], не зупиняємося на цих питаннях детально, а обмежимося тими з них, що стосуються приватного права, яке можна визначити як сукупність уявлень, принципів, правил і норм, що визначають статус людини (приватної особи) та забезпечують захист її суб'єктивних прав та інтересів.

Відтак звернемо увагу на декілька методологічно важливих питань, що мають бути враховані в процесі подальшого дослідження.

Зокрема, у літературі слушно зверталася увага на те, що, застосовуючи цивілізаційний підхід до громадянського суспільства, варто враховувати, що воно може виступати як феномен культури й підкорятися якомусь спільному для цієї культури зразку, визначає його структуру й розвиток. При цьому теза про залежність формування громадянського суспільства від культури доповнюється ідеєю культурного різноманіття: кожна цивілізація, незважаючи на зростаючий вплив глобалізації, живе своїм власним життям і реалізує закладений у ній культурний потенціал у різних сферах, у тому числі в політиці. На цьому ґрунтується твердження про те, що кожній суспільно-політичній системі відповідає особлива базисна модель громадянського суспільства, яка в кожній конкретній країні проявляється в національно-специфічній формі, оскільки у формуванні національної самосвідомості, політичної культури народу беруть участь як універсалістські, так і суто національно-культурні й історичні елементи [6, с. 253–257].

Має бути враховане також місце громадянського суспільства в системі соціальних відносин, у демократичній системі (чи системі, яка стає демократичною). У зв'язку із цим треба згадати, що розрізняють п'ять взаємодіючих і взаємодоповнюючих сил, які існують у просторі демократизації: 1) громадянське суспільство; 2) політична еліта; 3) економічна спільнота (бізнес); 4) сфера законодавства; 5) державна бюрократія. Останні дві складові, засновані на загальних принципах державного устрою, складають сутність кожної сучасної демократичної системи. Усі інші – це певні організації та групи людей, які й надають демократичній системі конкретного характеру. При цьому коли економічна та політична спільноти складаються переважно з фігурантів та інститутів, що мають на меті отримання влади або прибутку, то громадянське суспільство – це сфера дії пересічних людей, які об'єдналися в групи й асоціації для виразу своїх ін-

тересів, захисту й реалізації повсякденних потреб. Як зазначає М. Ховард, громадянське суспільство, власне, і являє собою сукупність незалежних і конституційно захищених громадських організацій, груп та асоціацій, добровільно створених пересічними громадянами в різноманітних галузях [7, с. 49–51].

Варто також звернути увагу на те, що йдеться про стосунки між групами людей, проте не усіх груп, а лише тих, які ґрунтуються на загальних ліберальних принципах, тісно пов'язаних із розвитком громадянського суспільства. Останній момент пов'язують із відмінностями між «громадянським суспільством» і «соціальним капіталом» – двома концепціями, поширеними останнім часом. Соціальний капітал при цьому визначають як такий, що стосується зв'язків між індивідами – соціальних мереж і норм співробітництва й довіри, які виникають між ними. Відтак різницю між двома концепціями вбачають у тому, що соціальний капітал – поняття більш широке й загальне, ніж громадянське суспільство, оскільки охоплює всі типи взаємин між людьми, а не тільки активність демократичного й ліберального ґатунку [7, с. 56–57].

Продуктивним видається розгляд громадянського суспільства через призму ринку й лібералізму, застосовуваний дослідниками цього феномена для характеристики людини як творця й фігуранта громадянського суспільства. Із цих позицій приваблює визначення громадянського суспільства Дж.Л. Коен та Е. Арато, які пропонують розуміти під громадянським суспільством сферу соціальної інтеракції між економікою й державою, яка складається насамперед зі сфер найбільш близького спілкування (зокрема, сім'ї, родини), об'єднань (зокрема, добровільних), соціальних рухів і різноманітних форм публічної комунікації. Сучасне громадянське суспільство створюється за допомогою певних форм самоконституювання й самомобілізації. Воно інституціоналізується й генералізується за посередництва законів та особливо суб'єктивних прав, стабілізуючих соціальну диференціацію. Самотворення (незалежна діяльність) та інституціоналізація не обов'язково є взаємопов'язаними, вони можуть існувати незалежно одне від одного, однак у довгостроковій перспективі обидва ці процеси складають невід'ємну умову відтворення громадянського суспільства» [8, с. 7].

Однак, беручи за основу зазначений концепт громадянського суспільства, маємо також взяти до уваги, що в такому випадку йдеться (має йтися) про принципово новий тип людини, який сформувався, як вважав А. Сміт, на підґрунті розподілу праці завдяки його регулятору – ринку [9, с. 69–75]. Е. Геллнер запропонував іменувати його «модульна людина».

У зв'язку із цим варто зазначити, що вітчизняні науковці зазвичай досить розпливчасто характеризують членів громадянського суспільства, хоча й вказують на необхідність особливої їх характеристики. Зокрема, звертається увага на певну парадоксальність терміна «громадянське суспільство», зміст якого не відповідає назві: співтовариством громадян є держава як політичний феномен. У сфері ж громадянського суспільства (всупереч назві) діють не громадяни як суб'єкти політично-владних від-

носин і публічного права, а приватні особи зі своїми інтересами, суб'єкти приватного права, учасники громадянсько-правових відносин [10, с. 57]. Ідеться також про появу нового типу особи, існування високих вимог громадянського суспільства щодо якісності його громадян, які вирізняють їх поміж людей як таких: «Як певна сукупність відносин між людьми й форм організації їх спільного життя, у яких вони беруть безпосередню участь, добровільно вносячи в них свою ініціативу та свою відповідальність, громадянське суспільство ставить високі вимоги щодо своїх членів, потребуючи високого рівня їхньої духовності, відносин, збагачених любов'ю та повагою й особливо міцної правосвідомості на принципах волі, без чого неможливо не лише самому жити в правовому полі, а й вступати у взаємини з іншими людьми. Правосвідомість же вимагає глибокого та всебічного знання законів, яке високо цінував ще Платон <...> Основу громадянського суспільства становлять правосвідомі вільні громадяни та їх добровільні об'єднання, існування яких регулює не політична влада, а самоуправління, вільне волевиявлення регулюється правом» [10, с. 58–59].

Водночас попри наявність у такій характеристиці низки безумовних істин щодо вимог, яким мають відповідати члени громадянського суспільства, вона не дозволяє встановити, чим же останні відрізняються від пересічної порядної людини з високим рівнем духовності, яка живе, керуючись належними моральними засадами. Тому й здається виправданим використання згаданої вище категорії «модульна людина». Саме ця постать, на думку Е. Геллнера, дозволяє вирішити проблему створення громадянського суспільства, існування якого забезпечує унікальну можливість досягнення індивідуалізації й одночасного створення політичних асоціацій, що врівноважують державу, проте «не покріпачують» своїх членів. Відсутність модульності виключає можливість вибору технології за принципом ефективності. Натомість кожну людську діяльність доводиться розглядати з врахуванням безлічі невловимих і вкрай складних відносин, що пов'язують її органічним, неподільним культурним цілим. Романтики захоплюються цією багатогранністю, прагматики її критикують.

Однак у дійсності мають значення лише політичні наслідки модульності. Модульна людина здатна входити в ефективні інститути й асоціації, які не обов'язково мають бути тотальними, оформленими за ритуалом, пов'язаними безліччю зв'язків із рештою елементів соціального цілого, оплутаного цими взаєминами й у результаті знерухомленого. Вона може, не зобов'язуючи себе ритуальними жертвоприношеннями, входити в тимчасові союзи, що мають конкретну мету. Може також покидати ці союзи, якщо вона не згодна з їхньою політикою, і ніхто не буде звинувачувати її в зраді. Ринкове суспільство живе в умовах не лише мінливих цін, а й союзів і думок, які змінюються. Тут немає єдиної, назавжди встановленої ціни й немає єдиного способу розподілу людей на певні категорії: усе це може й мусить змінюватися, і норми моральності цьому не завадять. Суспільна мораль не зводиться тут ні до набору правил і приписів, ні до загальновизнаного кола видів діяльності. Це стосується також знань: переконання

можуть змінюватися, і це не вважається гріхом або відступництвом. І все ж таки ці спеціалізовані, інструментальні, необов'язкові, не освячені жодним верховним авторитетом зв'язки є надійними й ефективними.

Суть громадянського суспільства полягає у формуванні зв'язків, які виявляються ефективними та водночас гнучкими, спеціалізованими, інструментальними. Значну роль тут відіграв перехід від статусних взаємин до договірних: люди почали дотримуватися договору, навіть якщо він жодним чином не співвідноситься з оформленою урочисто позицією в суспільстві або приналежністю до тієї чи іншої громадської групи. Таке суспільство, як і раніше структуроване, – це не якась млява, атомізована інертна маса, навпаки, його структура рухлива й легко піддається раціональному вдосконаленню. Враховуючи це, у пошуках відповіді на питання щодо того, яким чином можуть співіснувати інститути й асоціації, що врівноважують державу, проте разом із тим не зв'язують по рукам і ногам своїх членів, маємо визнати, що це стає можливим переважно завдяки модульності людини [11, с. 118–119]. Саме поява модульної людини зробила можливим виникнення громадянського суспільства [11, с. 120].

Водночас здається слушним уточнення, що ринок детермінує появу модульної людини, а сукупність модульних індивідів утворює громадянське суспільство. Звідси постає цікава характеристика співвідношення громадянського суспільства й ринкової системи: перше як певне соціальне відображення ринкової системи «перекодовує» імперативи ринку на формули свободи, а формули свободи – на соціальні імперативи демократії. Хоча в ринковому суспільстві панує значно жорсткіший детермінізм, ніж у натуральному господарстві середньовіччя, проте принципова відмінність ринку полягає в тому, що він дозволяє подолати сваволю – особисту залежність людини від людини. Людські стосунки, суспільні відносини набувають безособового характеру. Напевно, їх можна тлумачити як спотворені, відчужені форми людського буття, форми, у яких речі вивищуються над людьми й урядують ними, проте не можна заперечити, що це врядування має раціонально-виважений характер [12, с. 46].

Громадянське суспільство є не простим віддзеркаленням ринку, а скоріше його «ізоморфним відображенням», оскільки як ринок являє собою систему розподілу праці, так і громадянське суспільство постає системою розподілу (розділення) думок, ідей та об'єднань; як на ринку панують вільні «ринкові» ціни, так і в громадянському суспільстві вільно висловлюються думки, утворюються громадські об'єднання, непідлеглі державі; як ринок живе в умовах мінливих цін, так і в громадянському суспільстві спонтанно народжуються та вмирають ідеї, змінюється громадська думка, видозмінюються об'єднання людей. Так само, як і на ринку, у громадянському суспільстві визначальним важелем узгодження розмаїття попиту та пропозицій, плюралізму поглядів і позицій, приведення їх у системну єдність (рівновагу) є злагода (суспільний договір, консенсус) [12, с. 48].

Тому слушною здається думка, що таїна феномена громадянського суспільства полягає в тому, що саме тут відбувається усвідомлення ринко-

вих детермінантів. Механізми цього усвідомлення можуть бути різноманітними, проте всі вони насамперед формують суспільний менталітет певної поваги громадської системи. Ця система, незалежно від того, сподобається вона тому чи іншому індивідові, тій чи іншій суспільній групі, починає сприйматися масовою свідомістю як об'єктивний порядок речей, як соціальна необхідність, а не тільки як соціальна даність свавільного панування дужчих над слабшими. Таке розуміння у свою чергу формує ментальний імунітет до ідеології безглуздого нещадного бунту. Натомість усвідомлення історичної довершеності такого суспільства викликають відчуття особистої причетності людини до цього суспільства й органічної єдності з ним. Це відчуття власного громадянського статусу в суспільстві.

Оскільки відображення ринкових імперативів у громадянському суспільстві здійснюється всім спектром різноманітних соціальних груп через призму їхніх потреб та інтересів, стає неможливою монолітність суспільної свідомості й одностайність громадської думки. Натомість природним є плюралізм ідей, думок, розмаїття політичних, культурологічних, професійних і конфесійних об'єднань, які покликані виявляти й формувати ці ідеї й думки. Уже не держава нав'язує свої ідеї суспільству, а навпаки, громадянське суспільство висловлює свої вимоги державі. Разом із тим такий плюралізм не є хаосом ідей. Усі ці ідеї відображують вимоги ринкової системи з точки зору інтересів тієї чи іншої групи. Табу накладається лише на політичні програми, які закликають до насильницького руйнування самого суспільного ладу. У такому суспільстві кожна людина отримує можливість вибору ідей, вартостей, варіацій стереотипів мислення в межах ринкової парадигми. Такий чином, громадянське суспільство стає сферою духовної й соціальної свободи. Можна говорити про межі цієї свободи, проте не підлягає сумніву те, що громадянське суспільство створює атмосферу суб'єктивного відчуття наявності свободи в кожного індивіда, відчуття можливості вибору думок, об'єднань, спілок, форм діяльності [12, с. 47–48].

Визначивши таким чином сутність громадянського суспільства як результат злагоди розмаїття інтересів і відносин, що формуються між приватними особами (та створеними ними об'єднаннями), які існують і діють в умовах ринку, можемо виокремити ознаки такого суспільства: 1) виникнення його як результату договору (консенсусу) між приватними особами, які мають відповідати уявленням про «модульну людину»; 2) виникнення й існування його на підґрунті лібералізму; 3) існування його в умовах розвиненого цивілізованого ринку; 4) формула свободи в ньому виражена як соціальні імперативи демократії; 5) основою взаємин між людьми є активність демократичного й ліберального характеру; 6) воно розглядається передусім як феномен поведінковий та інституціональний (на відміну від, скажімо, «соціального капіталу») [7, с. 57]; 7) держава не керує громадянським суспільством, проте зобов'язана забезпечити умови його функціонування й життєдіяльності

Вітчизняні науковці називають також інші характерні риси громадянського суспільства, хоча зазвичай не згадують прямо цивілізований ринок і

лібералізм [5, с. 10–12]. Існування правової держави не називається як ознака громадянського суспільства, однак вона фактично постає з положень, у яких ідеться про підпорядкованість громадянському суспільству демократичної, правової, соціальної держави [5, с. 12] або про те, що державна влада повинна створювати оптимальні умови для нормального функціонування громадянського суспільства, охороняти його, сприяти подоланню конфліктних ситуацій. Держава, яка слугує громадянському суспільству, є правовою державою. Громадянське суспільство та правова держава – це взаємопов'язані явища, які не можуть існувати окремо [10, с. 63].

Останнє твердження викликає певні сумніви, тому що, по-перше, і в добу Античності, і в часи Відродження громадянське суспільство виникало й функціонувало поза правовою державою (чи незалежно від неї); по-друге, у країнах посткомуністичної Європи згадана «синхронність» фактично є неможливою. Скоріше саме формування громадянського суспільства нерідко стає тим чинником, що зумовлює руйнування авторитарної (неправової) держави й формування натомість держави правової, яка надалі співіснує з громадянським суспільством, забезпечуючи нормальне функціонування останнього.

На цю обставину вітчизняні науковці вже звертали увагу (хоча й недостатньо послідовно дотримуючись цієї позиції). Зокрема, зазначалося, що державі протистоїть громадянське суспільство як альтернатива, контрагент державного врядування з властивим останньому формалізмом, ієрархією й централізованою директивністю. Головна ознака громадянського суспільства вбачається у відмежованості, відокремленості від державної машини як апарату громадського адміністрування. Громадянське суспільство – це межа державної влади, обставина, яка стримує її невпинне прагнення до абсолюту, авторитаризму. Вона є не структурною одиницею, а насамперед способом життя людей у стилі приватності, сферою людської свободи; це життєдіяльність особистостей поза офіційною регламентацією, властива кожній людині частка неказенного, цивільного в її житті. Разом із тим із таких посилань далі робиться недостатньо обґрунтований, як здається, висновок, що «...певна протилежність ознак і цінностей держави та громадянського суспільства аж ніяк не означає їхньої антагоністичності. Навпаки, вона зумовлює їхню потребу одне в одному. Громадянське суспільство не може існувати поза державою, без громадянського суспільства не може існувати повноцінна правова держава. Їх варто розглядати як органічні складові збалансованої соціальної цілісності, життя людини, нерозривної сфери суспільного буття, що знаходиться в нерозривному зв'язку й опозиції, доповнюючи та стримуючи одна одну» [13, с. 25–26].

Можна погодитися з розумінням громадянського суспільства як цілісної сфери громадянського життя суспільства, що є відносно самостійною від державних інституцій і механізму державної влади. Громадянське суспільство – це унікальна система взаємодії суспільних індивідів, соціальних груп, верств і прошарків, що збалансовує вектори своїх складових, виявляючи рівнодіючу безліч індивідуальних і групових прагнень і сподівань. Не

держава має визначати спільний знаменник суспільних аспірацій, оскільки вона принципово не здатна виконувати ці функції, а може лише імітувати цей процес, а навпаки, громадський лад своїм функціонуванням об'єктивно відтворює суспільні імперативи політичній системі, одночасно зумовлюючи становлення таких державних форм, які були б спроможні адекватно реагувати на об'єктивні інтереси суспільства [12, с. 46].

Утім зазначена концепція також потребує уточнення, пов'язаного з доцільністю відходу від спрощеного бінарного бачення взаємин: громадянське суспільство – держава. Більш обґрунтованою здається трискладова модель, яку обстоюють Дж.Л. Коен та Е. Арато, відділяючи громадянське суспільство як від держави, так і від економічних структур, що дозволяє громадянському суспільству не лише відігравати опозиційну роль в умовах авторитарних режимів, а й відроджувати свій критичний потенціал в умовах ліберальної демократії [8, с. 7]. У такому разі зникає необхідність жорсткої «прив'язки» концептів «громадянське суспільство» та «держава» («правова держава») одне до одного, а відтак виникає можливість враховувати останню складову як перемінну, що сприяє чи перешкоджає розвитку громадянського суспільства.

При цьому маємо на увазі, що можливість державного впливу на громадянське суспільство більшою мірою виявляється через публічне право й набагато слабше через право приватне. Разом із тим зворотний зв'язок і вплив мають якісно протилежний характер: громадянське суспільство впливає на державу переважно через приватне право та значно меншою мірою через публічні інституції (хоча можна погодитися, що конкретні інститути громадянського суспільства часом «пронизують» структури держаної влади [14, с. 44]).

Як здається, зберігають актуальність висловлювання М.М. Агаркова стосовно того, що уявити приватноправовий лад без елементу публічного права не так вже й складно, тоді як суто публічно-правовий лад уявити набагато складніше, оскільки за такої організації суспільних відносин у індивіда немає жодних прав, якими він міг би користуватися на свій розсуд [15, с. 88–91]. У підсумку це приводить до висновку, що для тих, кому свобода здається чимось несуттєвим, для тих, кому потрібно злити всіх людей в єдину масу величезного механізму, приватне право не тільки не являє цінності, а є чимось таким, що треба подолати. Проте для тих, хто вважає, що джерелом творчості життя є вільне виявлення людської особистості, приватне право буде засобом здійснення ідеалів дійсного індивідуалізму [15, с. 105].

Варто згадати визначення громадянського суспільства, запропоноване Б.М. Чичеріним, який вважав, що ним є «...сукупність приватних відносин між особами, керованих цивільних або приватним правом» [16, с. 202]. Таке розуміння сутності громадянського суспільства загалом відображає головну його домінанту, а саме зосередженість на сфері приватних стосунків (інтересів), на тому регуляторі, що впорядковує ці стосунки (інтереси), нарешті, на приматі інтересів приватної особи (хоча менш виразно).

Враховуючи зазначене, можна стверджувати, що громадянське суспільство та приватне право виступають як кореляти, тобто як поняття, які мають сенс лише у взаємній співвідносності, утворюючи разом кореляцію [17, с. 222].

Щоб визначити характер кореляції, маємо згадати також основи приватного й публічного права (не зупиняючись детально на цьому питанні, що має багату історію вітчизняних досліджень [18, с. 184]).

Отже, публічне право – це правова сфера, яка стосується публічних, державних інтересів. Тому для публічного права характерним є специфічний юридичний порядок «влади-підпорядкування», відповідно до якого особи, що мають владу, можуть однобічно й безпосередньо (без додаткових рішень інших інстанцій) визначати поведінку інших осіб, а вся система владно-примусових інституцій загрозою примусу забезпечує повну й точну реалізацію приписів влади. Звідси постають принципи публічного права: різниця в правовому статусі осіб, ієрархічність становища й різний обсяг владних повноважень у компетентних осіб, наявність власної (відомчої) юрисдикції, певне обмеження можливості вирішення спірних питань судом. Із розвитком демократії ці принципи збагачуються інститутами демократичного порядку (гарантіями для громадян, демократичними процедурами, відповідальністю посадових осіб тощо), сполучаються з усіма іншими підрозділами гуманістичного права, проте це не змінює самої природи публічного права [19, с. 29–30].

З урахуванням викладеного публічне право можна визначити як сукупність правових норм, що складають особливу функціонально-структурну систему, яка з метою урегулювання й захисту суспільних інтересів за допомогою розпоряджень переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб'єктами, які є фігурантами держави або знаходяться у відносинах влади й підпорядкування.

Натомість приватне право: 1) ґрунтується на визнанні людини (особи) самостійною цінністю: людина визнається не засобом, а метою права; 2) покликане регулювати відносини між приватними особами, забезпечуючи «суверенітет» кожної; 3) ставить на пріоритетне місце приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні й рівності товаровиробників, захисті прав власників (у томі числі від сваволі держави); 4) виходить із можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів під час реалізації їхніх прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права й забезпечують його судовий захист; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм. Від санкціонування приватних відносин або забезпечення захисту інтересів їх учасників державою характер приватноправового регулювання не змінюється, оскільки в ідеальному варіанті закони держави повинні відповідати приписам і положенням природного права, а в реальному контексті якщо й не відповідають, то повинні прагнути цього (якщо, звісно, ідеться про громадянське суспільство та правову державу).

Розуміючи приватне право як сукупність уявлень, принципів, правил і норм, що визначають статус людини (приватної особи) і забезпечують захист її суб'єктивних прав та інтересів, а громадянське суспільство як систему взаємодії суспільних індивідів, соціальних груп, верств і прошарків, що збалансовує вектори своїх складових, виявляючи рівнодіючу безліч індивідуальних і групових прагнень і сподівань, можна дійти висновку, що ці поняття не можуть існувати одне без одного, оскільки іноді (як, скажімо, Б.М. Чичеріним, про що згадувалося вище) визначаються та характеризуються одне через одного. У деяких випадках формування громадянського суспільства розглядається навіть як одна з тенденцій розвитку приватного права [20, с. 100].

Зазначені концепти не лише не можуть існувати одне без одного, а й не можуть бути достатньо повно охарактеризовані поза їхнім взаємним зв'язком.

Спираючись на такий висновок, ще раз торкнемося вже згадуваної проблеми формування правового середовища громадянського суспільства.

Тут варто зазначити, що в згадуваній на початку цієї статі аналітичній доповіді Національного інституту стратегічних досліджень вживаються вирази то «правове середовище», то «законодавче середовище», яким, схоже, позначається те саме явище [1], що може викликати чимало непорозумінь. Певною міро такому стану речей сприяє відсутність чіткого визначення, а отже, некоректне використання в правовій теорії та на практиці концепту «правове середовище» (скажімо, у вітчизняній багатотомній «Юридичній енциклопедії» його визначення відсутнє взагалі).

Не зупиняючись на цьому питанні детально, відзначимо лише необхідність розмежування понять «приватне право», «цивільне право», «цивільне законодавство» [21, с. 10–27], які співвідносяться як зміст (перші два) та форма (останнє). У зв'язку із цим варто наголосити на тому, що в кожному випадку в контексті дослідження правового забезпечення буття громадянського суспільства варто чітко розрізняти «правову» й «законодавчу» реальність (складову).

При цьому «правове середовище» (як і «правове забезпечення») громадянського суспільства, на нашу думку, мають зовнішню та внутрішню (або позитивну й ментальну) складові.

Зовнішня складова правового середовища громадянського суспільства – це позитивне право (законодавство). Фактично йдеться про норми публічного права (публічно-правового характеру), які регулюють приватні відносини. Це законодавче середовище, яке має створюватися державою й забезпечуватися її інститутами.

Внутрішня складова правового середовища громадянського суспільства – це норми та правила приватного права, які визначають взаємини членів громадянського суспільства одне з одним і з державою як суб'єктом приватних відносин. Вони визначаються індивідуальною й колективною правосвідомістю, правовою ментальністю учасників внутрішніх відносин

громадянського суспільства та їхніх утворень (громадських рухів, об'єднань тощо).

При цьому переважаючою не може не бути саме внутрішня складова, оскільки вона виступає передумовою й підґрунтям формування громадянського суспільства як системи приватних зв'язків «поза державною» сферою тощо.

Необхідність втручання держави в регулювання цих стосунків (внутрішніх відносин) виникає тому, що внаслідок розмаїття інтересів людей і їхніх груп громадянське суспільство, як зазначав Г.В.Ф. Гегель, нагадує поле битви, де один приватний інтерес постійно суперечить іншому. Оскільки громадянське суспільство не може самостійно впоратися із цими конфліктами, примирити розрізнені інтереси тощо, воно для досягнення цієї мети формує державу шляхом встановлення правових зв'язків і відносин, які створюють керуючі структури, визначають процедуру їх діяльності та співпраці. Відтак державна влада повинна створювати оптимальні умови для функціонування громадянського суспільства, охороняти його, сприяти подоланню конфліктних ситуацій. Держава, яка слугує громадянському суспільству, є правовою державою [10, с. 63].

Висновки. Таким чином, приватне право є елементом громадянського суспільства, органічно властивим йому, що слугує регулятором внутрішніх відносин і засобом забезпечення інтересів його членів стосовно одне одного. Крім того, воно (приватне право) є методологічною основою діяльності правової держави в галузі забезпечення прав людини (членів громадянського суспільства) і створення умов для функціонування громадянського суспільства.

Література

1. Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: аналіт. доп. / А. Єрмолаєв, Д. Горєлов, О. Корнієвський та ін. – К. : НІСД, 2012. – 48 с.
2. Гражданское общество и развитие гражданского права : сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Н.С. Кузнецовой / отв. ред. Р. Майданик и Е. Кохановская. – К. : ЧАО «Юридическая практика», 2014. – 656 с.
3. Право України. – 2014. – № 4. – С. 9–152.
4. Вибрана бібліографія сучасних монографічних праць з питань громадянського суспільства // Право України. – 2014. – № 4. – С. 152.
5. Колодій А. Громадянське суспільство: ознаки, структурні елементи, співвідношення з державою / А. Колодій // Право України. – 2014. – № 4. – С. 9–16.
6. Требін М. Західна модель громадянського суспільства: концептуальний підхід / М. Требін // Гілея. – 2013. – № 75. – С. 253.
7. Ховард М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе / М. Ховард ; пер. с англ. И. Кокарева. – М. : Аспект-Пресс, 2009. – 190 с.
8. Коэн Дж. Гражданское общество и политическая теория / Дж. Коэн, Э. Арато ; общ. ред. И. Мюрберг. – пер.с англ. – М. : Весь Мир, 2003. – 784 с.
9. Смит А.Исследование о природе и причинах богатства народов / А. Смит ; предисл. В. Афанасьева. – пер. с англ. – М. : Эксмо, 2007. – 960 с.
10. Біленчук П. Філософія права : [навчальний посібник] / [П. Біленчук, В. Гвоздецький, С. Сливка] ; за ред. П. Біленчука. – К. : Атіка, 1999. – 208 с.
11. Геллнер Э. Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники / Э. Геллнер. – М. : Московская школа политических исследований, 2004. – 240 с.

12. Пасько І. Громадянське суспільство і національна ідея. (Україна на тлі європейських процесів. Компаративні нариси) / І. Пасько, Я. Пасько. – Донецьк : ЦГО НАН України, УК «Центр», 1999. – 184 с.
13. Філософія права : [навчальний посібник] / [О. Бандура, С. Бублик, М. Заінчковський та ін.] ; за заг. ред. М. Костицького, Б. Чміля. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 336 с.
14. Жиро Т. Политология / Т. Жиро. – пер. с польск. – Х. : Изд-во Гуманитарны Центр. 2006. – 428 с.
15. Агарков М. Ценность частного права / М. Агарков // Агарков М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. Агарков. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002– . – Т. І. – С. 88–91.
16. Чичерин Б. Философия права / Б. Чичерин. – СПб. : Наука, 1998. – 656 с.
17. Философский словарь / сост. Г. Шмидт ; изд. под ред. Г. Шишкоффа ; общ. ред. В. Малинина. – пер. с нем. – изд. 22-е, новое, переработ. – М. : Республика, 2003. – 575 с.
18. Банчук О. Проблема розмежування публічного і приватного права у правовій думці України XIX – початку XX століття : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права історія політичних і правових учень» / О. Банчук ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2007. – 20 с. ; Банчук О. Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність / О. Банчук. – К. : Конус-Ю, 2008. – 184 с.
19. Алексеев С. Частное право. Научно-публицистический очерк / С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 158 с.
20. Баринов Н. Частное право и гражданское общество: проблемы соотношения и развития / Н. Баринов // Гражданское общество и развитие гражданского права : сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Н.С. Кузнецовой / отв.ред. Р. Майданик и Е. Кохановская. – К. : ЧАО «Юридическая практика», 2014. – С. 100.
21. Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти) : [монографія] / [Є. Харитонов, О. Харитонова, О. Басай та ін.] ; за заг. ред. Є. Харитонова ; Національний університет «Одеська юридична академія». – О. : Фенікс, 2012. – 339 с.

Анотація

Харитонов Є. О. **Громадянське суспільство та приватне право: питання кореляції.** – Стаття.

У статті досліджено сучасний стан громадянського суспільства в Україні, його взаємодію з органами державної влади й подальші перспективи розвитку. Проведена порівняльна характеристика таких концептів, як «приватне право» та «громадянське суспільство». Стверджується, що громадянське суспільство впливає на правову державу переважно через приватне право та значно меншою мірою через публічні інституції. Також визначено складові правового середовища громадянського суспільства, зроблено відповідні висновки.

Ключові слова: приватне право, громадянське суспільство, кореляція, правове середовище, концепти.

Аннотация

Харитонов Е. О. **Гражданское общество и частное право: вопросы корреляции.** – Статья.

В статье исследовано современное состояние гражданского общества в Украине, его взаимодействие с органами государственной власти и дальнейшие перспективы развития. Проведена сравнительная характеристика таких концептов, как «частное право» и «гражданское общество». Утверждается, что гражданское общество влияет на правовое государство преимущественно через частное право и в значительно меньшей степени через публичные институты. Также определены составляющие правовой среды гражданского общества, сделаны соответствующие выводы.

Ключевые слова: частное право, гражданское общество, корреляция, правовая среда, концепты.

Summary

Kharitonov E. O. **The civil society and private law: the issue of correlation.** – Article.

The current state of civil society in Ukraine, its interaction with public authorities and further prospects are examined in this article. The comparative characteristics of such concepts as "private law" and "civil society" are held. It is alleged that the civil society affects the legal state, mainly through the private law and much less through the public institutions. It is also defined the components of "legal environment of civil society" and the conclusions are made.

Key words: private law, civil society, correlation, legal environment concepts.

УДК 341.29

О. К. Вишняков

НАДНАЦІОНАЛЬНІСТЬ ЯК ПРАВОВИЙ ФЕНОМЕН

Наднаціональність – термін, який має різні характеристики у правовій доктрині. Він застосовується, зокрема, щодо деяких міждержавних утворень та їх органів і пов'язується з певними ознаками. Наднаціональними йменують міждержавні угруповання інтеграційного характеру, оскільки на відміну від традиційних міжнародних організацій учасники передають їм деякі свої державні функції, причому останні зливаються, набувають спільного характеру та здійснюються знов-таки створеними спільно автономними владними органами.

Наднаціональності як теоретичному питанню та наднаціональному характеру міждержавних угруповань та їх внутрішніх структур присвячено значний обсяг юридичної літератури, у першу чергу роботи авторів із країн-учасниць угруповань. Щодо розробки проблеми наднаціональності вітчизняна юридична література має певні надбання, хоча йдеться про окремі наукові статті та фрагменти [1, с. 171; 2, с. 84–90; 3, с. 88–112; 4, с. 41; 5; 6, с. 40–45; 7, с. 76–83, та ін.]. Між тим відповідні наукові дослідження є для вітчизняної правової науки нагальним завданням, зважаючи на процес поступового наближення до правової системи ЄС, розширення інших зовнішніх інтеграційних зв'язків, наприклад наміри уряду щодо приєднання до деяких угод у рамках Митного союзу ЄврАзЕС, який має доволі чіткі ознаки наддержавної структури.

Як юридичний термін наднаціональність з'явилася у Договорі про створення Європейського співтовариства вугілля та сталі, підписаному у Парижі 19 квітня 1951 р., де зазначалось (ст. 9): «Члени Верховного органу виконують свої функції, будучи повністю незалежними, в загальних інтересах Співтовариства. У процесі виконання своїх обов'язків вони не запитують та не приймають інструкції будь-якого уряду або будь-якої організації. Вони утримуються від будь-яких дій, несумісних з наднаціональним характером їх функцій. Кожна держава повинна поважати цей наднаціональний характер, не справляючи впливу на членів Верховного органу при виконанні ними своїх завдань» [8]. Варто при цьому відзначити, що у цьому разі йшлося лише про наднаціональність службовців, а не усього Співтовариства.

© Вишняков О. К., 2014

Як доктринальний цей термін почав застосовуватися з початку XX століття. У подальшому було висунуто ідею «наднаціонального порядку» як вищої сутності права, яке повертатиметься до jus gentium. У повоєнний період елементи наднаціональності відзначаються в літературі, присвяченій діяльності Європейських співтовариств та Європейського Союзу. У цей період Західна Європа пройшла період глибокої трансформації, коли усталені моделі політичної влади були радикально переглянуті, результатом чого став «новий тип державної форми *над* національною державою», коли виникло питання «чи Співтовариства конституювали нову, «пост-національну» політичну систему, в якій владі національних урядів було призначено відступати» [9, с. 10].

У теоретичній юриспруденції було в цілому визначено низку ознак наднаціонального правопорядку sui generis: 1) регулювання у важливій сфері у спільних інтересах держав-членів; 2) незалежність органів регулювання від інструкцій з боку держав; 3) прямий вплив на індивідів; 4) прийняття рішень більшістю; 5) обмеження функцій та компетенції наднаціональних органів порівняно з державою; 6) виконання органом регулювання квазі-законодавчої функції; 7) обов'язковість рішень органа регулювання для держав-учасниць; 8) винесення рішень проти бажання держав-членів; 9) створення юрисдикції всередині угруповання задля обслуговування «наднаціонального права» та інші ознаки. При цьому з ознак іноді виділяють вирішальні (наприклад, обов'язковість рішень, передача частини національного суверенітету, прямий вплив на індивідів та автоматичний вступ рішень у дію, прийняття рішень більшістю, незалежність наднаціональних органів та імунітет їх чинників від своїх держав, відсутність у них імперативного мандату та ін.), а решту вважають факультативними (наприклад, наявність окремого юрисдикційного органу). Є й виключно вузькі підходи, які відзначають, наприклад, тільки такі ознаки, як трансфер владних повноважень, обов'язковість рішень органу регулювання, прийняття рішень більшістю голосів. Так, головною характерною рисою наднаціональних організацій вважається «пряма статутна дія їх правових актів на національні правові акти їх членів» [10].

Зі свого боку, так звані «негативісти» заперечують феномен наднаціональності, вважаючи, що це невідповідний термін, бо є не юридичним, а політичним. Також заявляється про те, що залишається неясним, про верховенство над чим йдеться – над нацією, чи над державою. Висловлювалася й точка зору, що все міжнародне є наднаціональним, наддержавним, що терміни «наднаціональний» та «наддержавний» є взаємозамінними, бо обидва відображають «поза-національність». Причому ці терміни вважають умовними: наприклад, коли йдеться про міжнародний («інтернаціональний») суд, маються на увазі відносини між державами (тобто йдеться про суд міждержавний). Є позиція, згідно з якою варто віддати перевагу терміну «наддержавність», оскільки він є більш коректним перекладом із французької, англійської та німецької і точніше передає сутність явища, а також зважаючи на те, що зворотній переклад веде до значного викривлення смислу [11, с. 5].

На думку інших дослідників, навпаки, коли йдеться про організації, треба розрізняти наднаціональність та наддержавність організації: перший термін показує, що організація здійснює владу безпосередньо щодо приватних осіб, а другий – що її рішення є обов'язковими для власне держав-членів. У першому йдеться про верховенство, а в другому – про підпорядкування, коли наддержавна особа (структура) ієрархічно є на вищому рівні, аніж національна (докладно огляд різних позицій див.: [12, с. 11–63]).

У сучасний період до ознак наднаціональної організації зараховують трансформацію права організації у внутрішнє право держав-членів; здійснення цього права органом, який не є підконтрольним державам-членам; вилучення відповідних питань з відання держав; непредставницький характер діяльності чиновників організації; прийняття рішень більшістю шляхом пропорційного (зваженого) голосування, але без представництва держав-членів [6, с. 44]. За іншою версією до таких ознак належать, зокрема: право організації згідно з її статутом на втручання в питання, що належать до внутрішньої компетенції держав; наявність повноважень на створення обов'язкових для країн-членів (учасників) правил та механізмів контролю та здійснення цих повноважень непредставницькими органами; право зобов'язувати та уповноважувати юридичних та фізичних осіб [7, с. 80]. Сформульовано й інші реєстри ознак.

Зважаючи на збереження на разі диференціації у доктринальних позиціях, відсутність єдиного підходу до визначення наднаціональності, можна констатувати, що це поняття залишається багатозначним, а його зміст залежить від умов та об'єкту його дослідження та застосування. Разом із тим огляд визначених у доктрині ознак дозволяє дійти висновку щодо цих ознак як здебільшого зовнішнього прояву правового феномену наднаціональності. Маючи на меті дослідження внутрішньої, сутнісної характеристики феномену наднаціональності у правовому контексті як «наднаціонального права», а також «наднаціональної організації» як його емітента через узагальнення виявлених доктриною характеристик, можна висунути такі гіпотези.

Наднаціональне право сучасного періоду – це, перш за все, відображення процесів глобалізації та регіоналізації, які є свого роду зворотним боком медалі, коли «глобальне право» та «регіональне право» відображають масштаб регулювання, а «наднаціональність» як позадержавний владний елемент відображає співвідношення з державним суверенітетом.

Частіше за все наднаціональне право проявляється в інтеграційних процесах, де воно функціонує поряд з інтеграційним правом, створюючи свого роду симбіоз. Співвідношення наднаціонального права з інтеграційним правом виглядає як взаємне часткове охоплення – в тій зоні, де ці обидва правові феномени співпадають, створюється режим наднаціонального інтеграційного права. При цьому інтеграційний елемент відображається метою, предметом та методом правового регулювання, тоді як наднаціональним елементом виступає владна компетенція, хоча й надана ззовні та обмежена.

Наднаціональне право базується на міжнародному праві та формується через рішення організацій та їх владних органів, створених за допомогою

інструментів міжнародного права, перш за все договірних. Наднаціональне право є похідним стосовно міжнародних договорів про створення наднаціональних організацій і, отже, у своїй основі є договірним. Разом із тим як таке воно є недоговірнім, бо створюється за допомогою особливих недоговірних інструментів – актів автономних владних органів, сформованих учасниками відповідних міжнародних договорів.

Створення засобами міжнародного права – звичайний шлях формування наднаціональної структури, але тут важливим є не засіб створення, а наділення такої структури владними повноваженнями. Як таке наднаціональне право створюється виключно поза-національними владними структурами, в т.ч. судовими. Воно існує автономно поза державами та національним законодавством та діє незалежно від них. Створений у результаті його дії правопорядок також має автономний характер.

Засадничим принципом наднаціонального права виступає принцип верховенства права: саме він обумовлює наддержавний вимір правового регулювання та незалежність останнього від національно-державних кордонів та національно-державного правового поля, тим більше коли йдеться про загальнолюдські цінності, про людину (а не про громадянина як державну компоненту) як суб'єкта права, що розглядається у поза-національному, глобальному вимірі (при тому що термін «людина» є як такий за своєю сутністю «наднаціональним» та «наддержавним»).

Об'єктом наднаціонального регулювання є не тільки відносини транскордонного характеру та відносини з іноземним елементом, а й відносини, де цих елементів немає. Таким чином, наднаціональний орган може вирішувати питання внутрішньодержавних відносин, у яких відсутній іноземний елемент. З іншого боку, індивід має право звертатися безпосередньо до цього органу на предмет розв'язання питання, що виникло в нього з владним суб'єктом – національним або наднаціональним.

Уявляється, що підхід з позицій наднаціонального права – це підхід надсистемний у тому сенсі, що правове регулювання здійснюється поза національними правовими системами загального та континентального права та поза міжнародним правом як системою.

Наднаціональне право створюється за рахунок державного суверенітету та трансферу компетенції, але наднаціональні структури – емітенти цього права – суверенітету не набувають. На відміну від «класичних» міжнародних (міжурядових) організацій наднаціональна організація не має власної компетенції – остання цілковито складається з «давальницької» компетенції держав-учасниць, які або повністю її віддають (виключна компетенція), або, залишаючи компетенцію з того чи іншого питання за собою, віддають її у дубльованому вигляді як додаткову (субсидіарна компетенція). Отже, право, що твориться наднаціональною організацією, є не суверенним, обмеженим за своїми можливостями, бо є залежним від обсягу та характеру наданої компетенції. Рішеннями наднаціональної структури на основі саме наданої компетенції створюється єдиний спільний правопорядок країн-учасниць організації.

Характерною рисою наднаціональної організації, її компетенції та її ме-

тоду регулювання відносин є субсидіарність. Наднаціональне регулювання з'явилося як спосіб подолання дефіциту можливостей національного та міжнародного права в деяких напрямах регулювання або як засіб подолання суперечностей між загальноприйнятими у світі принципами та національним нормативно-правовим і організаційним забезпеченням та підходами. Методом подолання дефіциту виступила як раз субсидіарність – отже, остання є як раз, навпаки, супутньою ознакою наднаціональності. Навіть більше, висловлюється слушна думка, що, зокрема, в аспекті європейської політики, «... не зважаючи на уявний антагонізм понять «наднаціональність» та «субсидіарність», вони являють собою суперечливу єдність» [13, с. 79]. Отже, принцип субсидіарності характеризує співіснування та зв'язок національної правової системи та поза-національного правового поля.

Особливість наднаціонального права обумовлюється значною мірою предметом регулювання: до нього можуть входити, окрім традиційних міждержавних, змішані, «публічно-приватні» відносини між індивідом та владним суб'єктом як всередині держави, так і на транскордонному рівні.

Рішення наднаціонального органу діють прямо, безпосередньо на всі національні владні органи, в т.ч. низової ланки, та мають виконуватись. Рішення можуть спрямовуватись і безпосередньо на невладного суб'єкта, наділяючи його правами та покладаючи обов'язки. Тобто фактично йдеться про прямий правовий зв'язок між наднаціональним інститутом та приватними особами, в якому національні державні структури не беруть участі.

Нарешті, варто відзначити, що регулювання на наднаціональному рівні не означає відмову від використання національного регулювання, – більше того, воно може відігравати й функцію допоміжного інструменту, в т.ч. щодо виконання рішень наднаціонального органу.

Література

1. Василенко В.А. Основы теории международного права / В.А. Василенко. – К. : Вища школа, 1988. – 288 с.
2. Муравьев В.И. Буржуазная юридическая наука о «наднациональном» характере права европейских сообществ / В.И. Муравьев // Вестник Киевского государственного университета. Международные отношения и международное право. – К., 1979. – Вып. 8. – С. 84–90.
3. Муравйов В.І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) / В.І. Муравйов. – К. : Академ-Прес, 2002. – 426 с.
4. Опришко В.Ф. Міжнародне економічне право : [підручник] / В.Ф. Опришко. – К.: Либідь, 1995. – 192 с.
5. Водянников О. Наднаціональність в праві Європейського Союзу: Goetterdammerung Європи чи переосмислення права? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://iir-mp.narod.ru/subjects/eu/superstate.htm
6. Мельник З.П. Проблеми інтернаціоналізації та формування наднаціонального права: теоретичні питання / З.П. Мельник // Часопис Київського університету права, 2007. – № 1. – С. 40–45.
7. Шпакович О. Наднаціональність у праві Європейського Союзу // Європейське право. – 2012. – № 1. – С. 76–83.
8. Traitй instituant la Communautй europйenne du charbon et de l'acier (Paris, 18 avril 1951) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cvce.eu/obj/traite_instituant_la_

communaute_europeenne_du_charbon_et_de_l_acier_paris_18_avril_1951-fr-11a21305-941e-49d7-a171-ed5be548cd58.html
9. Rosamond B. Theories of European Integration. – New York: Macmillan Press, St. Martin's Press, 2000. – 232 p.
10. Schmalenbach K., International Organisations or Institutions, General Aspects. In: Max Planck Encyclopedia of Public International Law. R. Wolfrum (ed.). Oxford: Oxford University Press, online edition, para. 15. Цит. за: Brabandere E. De. The Impact of Supranationalism on State Sovereignty from the Perspective of the Legitimacy of International Organisations. In: Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law/ Duncan French (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Unedited Version, p. 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ssrn.com/abstract=2175478
11. Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве / А.А. Моисеев. – М. : Научная книга, 2007. – 288 с.
12. Klaus von Lindeiner-Wildau, La supranationalitй en tant que principe de droit. – A.W. Sijthoff-Leide, 1970. – 178 p.
13. Хохлов И.И. Наднациональность в политике Европейского Союза / И.И. Хохлов. – М.: Междунар. отношения, 2007. – 160 с.

Анотація

Вишняков О. К. **Наднаціональне право як феномен.** – Стаття.

У правовій доктрині термін наднаціональність має різні характеристики Він застосовується, зокрема, щодо органів деяких міждержавних утворень та пов'язується з певними ознаками. Статтю присвячено узагальненню визначених у доктрині ознак, і на цій основі зроблено спробу визначити сутнісну характеристику феномену наднаціональності в контексті наднаціонального права та наднаціональних органів.

Ключові слова: наднаціональність, наддержавність, наднаціональне право, міжнародне право, наднаціональні органи, правові ознаки,

Аннотация

Вишняков А. К. **Наднациональное право как феномен.** – Статья.

Наднациональность – термин, имеющий разные характеристики в правовой доктрине. Он применяется, в частности, в отношении некоторых межгосударственных образований и связывается с определенными признаками. Статья посвящена обобщению определенных в доктрине признаков, и на этой основе сделана попытка определить сущностную характеристику феномена наднациональности в контексте наднационального права и наднациональных органов.

Ключевые слова: наднациональность, надгосударственность, наднациональное право, международное право, наднациональные органы, правовые признаки.

Summary

Vyshniakov O. K. **Supranational law as a phenomenon.** – Article.

Supranationality is a term that has different characteristics in legal doctrine. It applies in particular in respect of some interstate formations and it is associated with certain characteristics. The article is devoted to the synthesis of characteristics defined in the doctrine, and, on this basis, to the identification of essential characteristics of the phenomenon in the context of supranational law and supranational authorities.

Key words: supranationality, superstate, supranational law, international law, supranational authorities, legal characteristics.

УДК 349.22

Г. І. Чанишева, Р. І. Чанишев

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВА НА ІНФОРМАЦІЮ СТОРІН ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Відповідно до чинного трудового законодавства працівники, роботодавці та їх представники наділені інформаційними правами й обов'язками. Ідеться, зокрема, про право працівника на отримання від роботодавця повної й достовірної інформації про умови праці, охорону праці, якому кореспондує відповідний обов'язок роботодавця, у тому числі обов'язок інформувати про умови праці, закріплені в локальних нормативно-правових актах.

За відсутності спеціальної норми, згідно із чинним законодавством, право працівників на інформацію про умови праці постає зі змісту ст. 29 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України), яка встановлює обов'язок власника або уповноваженого ним органу проінструктувати працівника й визначити його робоче місце. Стаття 29 зобов'язує власника або уповноважений орган до початку роботи за укладеним трудовим договором проінформувати під розписку про умови праці, наявність на робочому місці, де він буде працювати, небезпечних і шкідливих виробничих факторів, які ще не усунуто, та можливі наслідки їх впливу на здоров'я, його права на пільги й компенсації за роботу в таких умовах відповідно до чинного законодавства й колективного договору. Однак у назві статті про зазначений обов'язок власника не згадується. Аналогічний обов'язок під час укладення трудового договору покладено на роботодавця ч. 2 ст. 5 Закону України «Про охорону праці».

Наявність цих та інших правових норм, що закріплюють право працівника й роботодавця як сторін трудового договору на отримання певної інформації, пов'язаної з виконанням трудових обов'язків, обумовлює необхідність розробки теоретичних засад реалізації зазначеного права в межах трудових правовідносин.

Тривалий час право на інформацію досліджувалося виключно представниками науки конституційного права. Нині різні аспекти реалізації зазначеного права розглядаються в роботах вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема представників конституційного, інформаційного, адміністратив-

© Чанишева Г. І., Чанишев Р. І., 2014

ного, міжнародного, кримінального й інших галузей права: І.В. Арістової, В.М. Баранова, І.Л. Бачило, В.М. Брижка, В.Д. Гавловського, А.М. Колодія, Б.А. Кормича, В.В. Копєйчикова, В.А. Ліпкана, О.В. Логінова, А.І. Марущака, Ф.М. Рудинського, Ю.Н. Тодики та ін. До дослідження права на інформацію як суб'єктивного трудового права звернулися також представники науки трудового права: А.М. Лушнікова, М.В. Лушнікова, І.В. Вєтухова та ін. Проблемі розробки ефективного галузевого механізму забезпечення права на інформацію працівників і роботодавців та їх представників було присвячено кандидатську дисертацію Р.І. Чанишева [1].

Метою статті є визначення поняття, видів і юридичної природи права на інформацію сторін трудового договору.

У загальній теорії права суб'єктивне право визначається як передбачена для правомочної особи в цілях задоволення її інтересів міра можливої поведінки, забезпечена юридичними обов'язками інших осіб [2, с. 352]. Ознаками цього права називаються такі:

1) суб'єктивне право є мірою можливої поведінки. Щодо суб'єктивного права міра включає вид і розмір можливої поведінки;

2) зміст суб'єктивного права встановлюється нормами права та юридичними фактами;

3) здійснення суб'єктивного права забезпечено обов'язком іншої сторони. В одних випадках цей обов'язок полягає в утриманні від дій, що порушують суб'єктивне право іншої сторони, в інших випадках це право забезпечується виконанням обов'язку, тобто активними діями зобов'язаної особи;

4) суб'єктивне право надається правомочній особі для задоволення її інтересів; за відсутністю останнього стимул для здійснення суб'єктивного права втрачається;

5) це право полягає не тільки в можливості, а й у юридичній або фактичній поведінці правомочної особи.

При цьому суб'єктивне право розглядається як складне явище, що включає низку правомочностей:

– право на власні фактичні дії, спрямовані на використання корисних властивостей об'єкта права;

– право на юридичні дії, на прийняття юридичних рішень;

– право вимагати від іншої сторони виконання обов'язку, тобто право на чужі дії;

– право домагання, яке полягає в можливості привести в дію апарат примусу проти зобов'язаної особи, тобто право на примусове виконання обов'язку [2, с. 353].

П.Р. Рабінович визначає суб'єктивне право особи як закріплену в юридичних нормах можливість її певної поведінки, спрямованої на здійснення відповідних прав людини [3, с. 79].

У теорії інформаційного права суб'єктивне право на інформацію визначається як гарантована державою можливість фізичних, юридичних осіб і держави (державних органів) вільно одержувати, використовувати, по-

ширювати та зберігати відомості, необхідні їм для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, здійснення завдань і функцій, що не порушує права, свободи й законні інтереси інших громадян, права й інтереси юридичних осіб [4, с. 43].

Право на інформацію, згідно з трудовим законодавством, як суб'єктивне трудове право можна визначити як гарантовану державою можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної суб'єктам трудових правовідносин для реалізації індивідуальних і колективних трудових прав, свобод і законних інтересів.

В інформаційному праві право на інформацію підлягає класифікації за різними підставами. Так, одним із критеріїв називається зв'язок права на інформацію із предметом правового регулювання різних галузей права. За цим критерієм виділяються права на інформацію, які пов'язані з предметом правового регулювання конституційного (право на інформацію про діяльність органів державної влади), цивільного (право власності на інформацію), сімейного (право на інформацію про стан здоров'я заручених), господарського (право суб'єкта господарювання на одержання інформації про результати перевірок його діяльності), фінансового (право на інформацію про державний бюджет) та інших галузей права.

Використовуючи критерії класифікації, що застосовуються в теорії інформаційного права, можна виділити такі види права на інформацію за трудовим законодавством. За типом інформації розрізняються право на документовану інформацію та право на публічно оголошену інформацію.

За суб'єктами розрізняються право на інформацію працівників, право на інформацію роботодавців і право на інформацію представників працівників і роботодавців.

За режимом доступу виділяють право на відкриту інформацію та право на інформацію з обмеженим доступом.

За способом правового регулювання виділяються права на інформацію, механізм реалізації яких закріплений імперативним способом (право на інформацію з обмеженим доступом) чи частково регламентований (право на масову інформацію).

За ознаками діяльності (існування) суб'єкта розрізняються пасивне право на інформацію (пов'язане з існуванням суб'єкта, наприклад право на інформацію про стан здоров'я працівника) та активне право на інформацію (пов'язане з діяльністю роботодавця, наприклад право на інформацію, що становить комерційну таємницю).

Право на інформацію працівників і роботодавців і їх представників як суб'єктивне трудове право має свої юридичні характеристики. У теорії права набула поширення концепція регулятивних та охоронних суб'єктивних прав у зв'язку із широким визнанням розмежування регулятивних та охоронних правовідносин, а також принципово іншим трактуванням права на захист [5]. У зв'язку із цим виділяють регулятивні суб'єктивні права, що існують у межах регулятивних правовідносин, та охоронні суб'єктивні права (право на захист). У свою чергу регулятивні суб'єк-

тивні трудові права можна поділити на дві основні групи. Першу групу складають права, пов'язані з власне однобічними діями правомочної особи (наприклад, право роботодавця розірвати трудовий договір за підставами, передбаченими законом, право роботодавця заохотити працівника). Друга група регулятивних суб'єктивних трудових прав передбачає право вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи (наприклад, право працівника на надання роботи, передбаченої трудовим договором, право на своєчасну й повну виплату заробітної плати тощо). Отже, суб'єктивне регулятивне трудове право може включати як право на свої дії, так і право на чужі дії (право-домагання).

Охоронне суб'єктивне право – це право на захист. Воно реалізується в межах особливих охоронних правовідносин, які у свою чергу поділяються на матеріальні та процесуальні. Суб'єктивне право на захист у матеріальних охоронних правовідносинах реалізується зусиллями правомочної особи, чиї права порушено, не звертаючись до юрисдикційних органів. Право на захист у процесуальному значенні означає можливість особи звернутися за захистом своїх прав (порушенні або освоювані) до юрисдикційних органів.

Право на інформацію сторін трудового договору відноситься до другої групи регулятивних суб'єктивних трудових прав, оскільки включає як право на свої дії, так і право на чужі дії (право-домагання).

Право на інформацію належить до основних трудових прав, передбачених міжнародними актами. У сучасній науці трудового права основні трудові права досліджуються В.М. Андріївим [6], Є.В. Красновим [7]. Здійснюючи класифікацію основних трудових прав за різними підставами, Є.В. Краснов за способом формулювання вирізняє основні трудові права, які сформульовані як рекомендаційні, оціночні базові поняття, і права, пов'язані з певними матеріальними (нематеріальними) благами. Право на інформацію належить до основних трудових прав, пов'язаних із забезпеченням нематеріального інтересу.

За суб'єктною ознакою й залежно від порядку реалізації трудові права поділяються на індивідуальні та колективні. Як відзначає В.М. Андріїв, систему трудових прав працівників утворюють індивідуальні та колективні трудові права, частина з яких належить до основних трудових прав [6, с. 26].

У вітчизняній науці трудового права колективні трудові права вперше було досліджено в докторській дисертації одного з авторів цієї статті [8]. У дисертації колективні трудові відносини як складова предмета трудового права визначено як суспільні відносини, що виникають у процесі реалізації працівниками й роботодавцями та їхніми представниками колективних трудових прав відповідно до чинного законодавства. Звертається увага на те, що створення дійового юридичного механізму забезпечення (реалізації, охорони й захисту) зазначених прав є одним із перспективних напрямів розвитку сучасного трудового права [8, с. 29].

У міжнародних актах про права людини проголошено такі колективні трудові права, як право працівників і роботодавців на свободу об'єднання,

право працівників на участь в управлінні організацією, право працівників і роботодавців на колективні переговори, право працівників і роботодавців на укладання колективних договорів, право працівників на інформацію й консультації, право працівників і роботодавців на вирішення колективних трудових спорів (Європейською соціальною хартією (переглянутою) передбачено право працівників і роботодавців на колективні дії, включаючи право на страйк), право працівників отримувати інформацію й консультації під час колективного звільнення.

Зазначені права є колективними не тільки через те, що реалізуються колективними суб'єктами (організаціями роботодавців (їх об'єднаннями), колективами працівників, профспілками (їх об'єднаннями), первинними профспілковими організаціями та їх виборними органами, примирно-посередницькими органами з вирішення колективних трудових спорів та ін.). Колективний характер цих прав обумовлений також формою (порядком) їх реалізації як безпосередньо колективом працівників, так і через уповноважених представників. Водночас такі трудові права, як право на працю, право на належні, безпечні та здорові умови праці, право на відпочинок тощо, залежно від суб'єктної ознаки й порядку реалізації є за своєю природою індивідуальними трудовими правами.

Право на інформацію, згідно з трудовим законодавством, відноситься як до індивідуальних, так і колективних трудових прав. Право на інформацію як індивідуальне трудове право здійснюється працівником і роботодавцем особисто, є невідчужуваним, не може бути передане іншим особам. Натомість право на інформацію як колективне трудове право через його юридичну природу здійснюється як безпосередньо працівниками (трудовим колективом), так і через представників працівників і роботодавців.

Право на інформацію варто віднести також до особистих немайнових трудових прав, що утворюють особливу групу трудових прав, у змісті яких основною є особистісна складова.

У 60-ті рр. у науці трудового права до аналізу особистих немайнових прав звернувся М.І. Бару, який здійснив комплексне дослідження права на трудову честь [9]. Розглядаючи майновий та особистісний елементи в соціалістичному трудовому правовідношенні, Л.Я. Гінцбург відніс до його змісту майнові й особисті немайнові права [10, с. 71–85].

Трудові права класифікуються залежно від матеріального інтересу на трудові права, реалізація яких забезпечує матеріальний інтерес, і права, пов'язані із забезпеченням нематеріального інтересу (особисті немайнові трудові права). Дослідження останніх у межах трудоправової проблематики видається актуальним і своєчасним.

Загальновизнано, що в предметі трудового права органічно поєднуються особистісні, організаційні й майнові відносини. На думку Р.З. Лівшиця, усі галузі права (крім державного і конституційного) пов'язані тільки з трьома групами відносин: майновими, особистими й організаційними. Через об'єктивні причини найбільш докладно ці групи відносин, у тому числі особисті немайнові, досліджено фахівцями із цивільного права. У Цивіль-

ному кодексі України право на інформацію фізичної особи закріплюється як особисте немайнове право.

Постановка проблеми про особисті немайнові трудові права видається актуальною, оскільки такий підхід дозволить більш ґрунтовно дослідити юридичну природу особливої групи трудових прав, у змісті яких основною є особистісна складова. Ідеться про такі трудові права: право на рівне поводження й захист від дискримінації в трудових відносинах, право на захист персональних даних і недоторканість особистого життя в трудових відносинах, право на захист честі, гідності й ділової репутації в період трудової діяльності. До таких прав належить також право працівників на повну й достовірну інформацію в трудових відносинах. Дослідження особистих немайнових трудових прав дозволить також більш чітко розмежувати предмети трудового й цивільного права, визначити їх точки дотику.

Ідея особистих трудових прав працівника підтримується в сучасній літературі. Як відзначають Є.Б. Хохлов і В.А. Сафонов, особисті права працівника нематеріального характеру мають не менш суттєве значення, ніж права, що мають у той чи іншій формі матеріальне вираження (наприклад, право на справедливі та сприятливі умови праці). До особистих прав учені відносять передусім такі: а) право на захист гідності працівника в період трудової діяльності; б) право на недоторканість особистого життя (це право розглядається через категорію «захист персональних даних працівника») [11, с. 136–137].

Ґрунтовне дослідження особистих немайнових трудових прав здійснено вітчизняною дослідницею І.В. Лагутіною [12], метою докторської дисертації якої є розвиток теорії трудового права щодо юридичної природи особистих немайнових трудових прав і галузевого механізму їх забезпечення, внесення теоретично обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства, проекту Трудового кодексу України в цій сфері. Предметом дослідження вченого стали такі особисті немайнові трудові права, як право на здорові й безпечні умови праці, право на трудову честь і гідність, право на професійне навчання, право на рівноправність і недопущення дискримінації, право на захист персональних даних працівників.

Особисті немайнові трудові права працівника у своїй основі мають особистісну домінанту, яскраво виражений характер нематеріальних благ людини, які захищаються законом. Спільними ознаками об'єкта особистих немайнових трудових прав та особистих немайнових цивільних прав є те, що, як відзначає М.М. Малеїна, на нематеріальні блага не поширюються показники ваги, розміру, об'єму, характерні для речей, стандарти якості й технічні регламенти, що застосовуються для робіт і послуг, не використовуються умови патентоспроможності, передбачені для кваліфікації винаходів, корисних моделей, промислових зразків. Таким чином, нематеріальна блага не мають стандартних параметрів (показників) [13, с. 41]. Можна виділити нематеріальні блага, які є одночасно об'єктом особистих немайнових трудових прав та особистих немайнових прав, що охороняються сучасним цивільним законодавством. Ідеться про такі нематеріальні блага,

як життя, здоров'я, честь, ділова репутація, гідність, таємниця й недоторканність приватного життя. Специфікою цих та інших нематеріальних благ є невідчужуваність і непередаваність. Реалізація особистих немайнових трудових прав, як і особистих немайнових цивільних прав, спрямована на виявлення, розвиток та/або збереження індивідуальності особистості.

Проте особисті немайнові трудові права мають істотні відмінності від особистих немайнових прав, які не пов'язані з майновими та які охороняються цивільним законодавством. До особливостей особистих немайнових трудових прав працівника варто віднести такі. Носіями зазначених прав можуть бути тільки працівники, а носіями права на працю – тільки фізичні особи, які мають трудову правосуб'єктність. Вони здійснюються завжди в межах відносних правовідносин, суб'єктами яких, згідно із загальним правилом, є працівник і роботодавець. Вони є активними за змістом, оскільки працівник вправі вимагати не тільки утримання роботодавця від будь-яких дій, що порушують його права, а й активних дій, спрямованих на реалізацію й захист цих прав. Метод правової рівності сторін (працівника і роботодавця) не застосовується в процесі реалізації трудових прав працівників.

Водночас носіями особистих немайнових прав, не пов'язаних із майновими, які охороняються цивільним правом, є всі фізичні особи з народження. Зазначені права здійснюються завжди в межах абсолютного правовідношення, суб'єктом якого є правомочна особа, з одного боку, і невизначене коло осіб, з іншого боку. Вони мають пасивний зміст, оскільки правомочна особа вправі вимагати від усіх утримання від будь-яких дій, що порушують її права. У процесі реалізації особистих немайнових прав застосовується метод юридичної рівності сторін.

Не всі вчені-трудовики підтримують ідею особистих немайнових трудових прав. Так, С.В. Венедіктов вважає, що застосування поняття «особисті немайнові права» в трудовому праві є недопустимим, оскільки посягає на суверенітет галузі, що майже сто років тому відокремилася від цивільного права. Особисті немайнові права є абсолютними, тому розгляд їх через призму трудових відносин учений вбачає неможливим, оскільки не лише роботодавець, а й будь-який інший суб'єкт права зобов'язаний не порушувати особисті немайнові права особи-працівника. Крім того, за порушення особистих немайнових прав особа притягується до відповідальності в межах цивільного законодавства [14, с. 14].

Не можна погодитися з висновком автора про те, що особисті немайнові права є завжди абсолютними. Що стосується права на інформацію, яке реалізується в індивідуальних і колективних трудових правовідносинах, то воно є не абсолютним, а відносним. Застосування поняття «особисті немайнові права» зовсім не посягає на суверенітет галузі, про що пише С.В. Венедіктов. Ідеться про необхідність розробки галузевого механізму забезпечення зазначених прав трудоправовими засобами, що ніяким чином не стосується «суверенітету галузі».

Таким чином, право на інформацію сторін трудового договору можна визначити як гарантовану державою можливість вільного одержання, ви-

користання, поширення, зберігання й захисту інформації, необхідної працівнику й роботодавцю для реалізації індивідуальних і колективних трудових прав, свобод і законних інтересів.

Класифікацію права на інформацію сторін трудового договору пропонується здійснювати за такими критеріями: за типом інформації, за суб'єктами, за режимом доступу (право на відкриту інформацію та право на інформацію з обмеженим доступом), за способом правового регулювання, за ознаками діяльності (існування) суб'єкта.

За своєю юридичною природою право на інформацію сторін трудового договору як суб'єктивне трудове право є основним трудовим правом, індивідуальним трудовим правом, регулятивним трудовим правом, що включає як право на свої дії, так і право на чужі дії (право-домагання), особистим немайновим трудовим правом.

Література

1. Чанишев Р.І. Право на інформацію за трудовим законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Р.І. Чанишев. – К., 2012. – 215 с.
2. Теория государства и права : [учебник для вузов] / под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, 2002. – 616 с.
3. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : [навчальний посібник] / П.М. Рабінович. – вид. 5-те, зі змін. – К. : Атіка, 2001. – 176 с.
4. Марущак А.І. Інформаційне право України : [підручник] / А.І. Марущак. – К. : Дакор, 2011. – 456 с.
5. Елисейкин П.Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования / П.Ф. Елисейкин // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности. – 1975. – Вып. 1. – С. 17–20 ; Крашенинников Е.А. Право на защиту / Е.А. Крашенинников // Методологические вопросы теории правоотношений : тезисы IV областной научно-практической конференции молодых ученых и специалистов (5–8 февраля 1986 г.) / отв. исполн. Е.А. Крашенинников ; Яросл. гос. ун-т. – Ярославль : ЯрГУ, 1986. – С. 20–22 ; Крашенинников Е.А. Структура субъективного права и права на защиту / Е.А. Крашенинников // Проблемы защиты субъективных гражданских прав и гражданское судопроизводство. – 1979. – Вып. 4. – С. 17–19.
6. Андріїв В.М. Система трудових прав працівників та механізм їх забезпечення : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / В.М. Андріїв ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – О., 2012. – 40 с.
7. Краснов Є.В. Основні трудові права: міжнародні стандарти і законодавство України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Є.В. Краснов ; Одеська національна юридична академія. – О., 2008. – 20 с.
8. Чанишева Г.І. Колективні відносини у сфері праці: теоретичні та практичні проблеми правового регулювання : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Г.І. Чанишева ; Одеська національна юридична академія. – Х., 2002. – 38 с.
9. Бару М.И. Охрана трудовой чести по советскому законодательству / М.И. Бару. – М. : Юридическая литература, 1966. – 130 с.
10. Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение / Л.Я. Гинцбург. – М. : Наука, 1977. – 310 с.
11. Трудовое право России : [учебник для бакалавров] / под общ. ред. Е.Б. Хохлова, В.А. Сафонова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Издательство Юрайт, 2012. – 673 с.

12. Лагутіна І.В. Особисті немайнові трудові права працівників у системі трудових прав : [монографія] / І.В. Лагутіна. – О. : Фенікс, 2014. – 428 с.
13. Малеина М.Н. Понятие и виды нематериальных благ как объектов личных неимущественных прав / М.Н. Малеина // Государство и право. – 2014. – № 7. – С. 40–47.
14. Венедіктов С.В. Концептуальна засади правового регулювання трудових відносин в Україні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / С.В. Венедіктов. – К., 2012. – 38 с.

Анотація

Чанишева Г. І., Чанишев Р. І. **Поняття, види та юридична природа права на інформацію сторін трудового договору.** – Стаття.

У статті визначаються поняття й види права на інформацію сторін трудового договору. Аналізується юридична природа зазначеного права як суб'єктивного трудового права. Право на інформацію сторін трудового договору характеризується як основне трудове право, індивідуальне трудове право, регулятивне трудове право, особисте немайнове трудове право.

Ключові слова: інформація, право на інформацію, працівник, роботодавець.

Аннотация

Чанышева Г. И., Чанышев Р. И. **Понятие, виды и юридическая природа права на информацию сторон трудового договора.** – Статья.

В статье определяются понятие и виды права на информацию сторон трудового договора. Анализируется юридическая природа указанного права как субъективного трудового права. Право на информацию сторон трудового договора характеризуется как основное трудовое право, индивидуальное трудовое право, регулятивное трудовое право, личное неимущественное трудовое право.

Ключевые слова: информация, право на информацию, работник, работодатель.

Summary

Chanysheva G. I., Chanyshev R. I. **The definition and types and legal nature of the right to information of the parties of the labor contract.** – Article.

The article defines the concept and the types of the right to information of the parties of the labor contract. Analyzes the legal nature of this right as a subjective labor law. The right to information of the parties of the employment contract is characterized as a basic labor rights, individual labor law, regulatory labor law, moral labor law.

Key words: information, right for information, employee, employer.

УДК 347.41:347.122

Н. Ю. Голубєва

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. На сьогодні актуальною проблемою науки цивільного права є визначення основних положень про зобов'язання на єдиних методологічних засадах. Законодавство, що регулює зобов'язальні відносини, настільки велике за обсягом, що формування його на різних методологічних, концептуальних засадах створює загрозу для успішного розвитку економіки, а отже, і розвитку країни в цілому.

Багато вчених розглядали ті або інші аспекти вчення про зобов'язання: виконання зобов'язання, припинення зобов'язання, зобов'язання відшкодування шкоди тощо. Зокрема, будувалися різноманітні концепції з досліджуваних питань, розглядалися загальні положення зобов'язального права, але в межах досить вузьких завдань, які науковці ставили перед собою. Показовим є той факт, що розділи підручників і навчальних посібників із найпринциповіших питань зобов'язального права як підгалузі цивільного права, таких як поняття, ознаки, елементи зобов'язання тощо, відзначаються крайньою лаконічністю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання поняття зобов'язального права розглядали багато вчених частіше в рамках підручників із цивільного права, рідше – у спеціальних дослідженнях присвячених загальним питанням зобов'язального права, серед яких можна назвати роботи М.М. Агаркова, Є. Годеме, В. І. Голевинського, А.А. Лунца, В.В. Луця, Р.А. Майданика, І.Б. Новицького, Р. Сават'є, Ф.К. Савін'ї, Ю.Б. Фогельсона та багато інших.

Метою цієї статті є визначення поняття та обґрунтування значення зобов'язального права України на сучасному етапі розвитку цивільного права України.

Зобов'язальне право розглядається в цивілістиці неоднозначно: як інститут, або як розділ (частина), або як підгалузь цивільного права.

Більшість учених вважають, що зобов'язальне право становить собою підгалузь цивільного права. Підгалузь цивільного права – це сукупність інститутів і окремих норм, що регулюють цілісну групу відносин у сфері цивільного обороту (наприклад, право власності, зобов'язальне право, спадкове право тощо).

© Голубєва Н. Ю., 2014

На думку Н. С. Кузнєцової, зобов'язальне право і за своїм значенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить далеко за межі звичних уявлень про правовий інститут і фактично становить собою структуровану підсистему, підгалузь цивільного права [1, с. 9].

Учені підкреслюють, що зобов'язальне право – одна з найважливіших підгалузей цивільного права, норми якої регулюють широке коло відносин, головне місце серед яких належить відносинам майнового обігу [2, с. 218].

М. Д. Єгоров виокремлює шість підгалузей цивільного права (кожна з яких складається з окремих інститутів): право власності та речові права на чуже майно; зобов'язальне право; особисті немайнові права фізичної особи; право інтелектуальної власності; сімейне право та спадкове право [3, с. 33]. Тобто автор майже все цивільне право (крім загальних положень) фактично поділив на підгалузі.

Отже, розглянемо зобов'язальне право як підгалузь цивільного права України. Виділення такої підгалузі у структурі цивільного права зумовлено тим, що вона також має свій предмет правового регулювання. Так, вважається, що предмет такої підгалузі, як зобов'язальне право, складають відносини економічного обороту, що опосередковують процес переміщення матеріальних і нематеріальних благ. Переміщення ж цих благ неможливо без здійснення відповідних активних дій, спрямованих на їх переміщення. Унаслідок цього в зобов'язальному праві на основі юридичної рівності сторін застосовується підгалузевий метод надання управоможеній особі можливості вимагати здійснення на її користь визначених і притому активних дій [3, с. 33–34].

Зобов'язальне право визнається підгалуззю цивільного права насамперед тому, що регулює відносно однорідні договірні та недоговірні зобов'язальні відносини, містить норми загальної та спеціальної дії, що мають предметну та функціональну спрямованість.

Для того щоб з'ясувати поняття зобов'язального права, маємо встановити, яку групу суспільних відносин, регульованих цивільним правом взагалі, регулює, зокрема, зобов'язальне право. Інакше кажучи, з усієї маси суспільних відносин, що становлять предмет цивільного права, маємо виділити ту групу суспільних відносин, яка є предметом одного з розділів цивільного права, а саме права зобов'язального [4, с. 464].

На думку О. Н. Садікова, предметом зобов'язань як частини цивільного права є, за загальним правилом, майнові відносини, пов'язані з передачею речі, виконанням робіт або наданням різного роду послуг. Проте зобов'язання можуть включати й відносини немайнові, зазвичай допоміжного характеру, наприклад обов'язок подавати заявку на надання послуг, подавати періодичну інформацію або звітність. Стосовно прав за договором дарування в ЦК прямо говориться про те, що об'єкт цього договору може мати для сторони немайнову цінність. Деліктні зобов'язання охороняють не лише майнові, але також і немайнові права фізичних і юридичних осіб [5, с. 22].

Найчастіше в цивілістичній літературі відзначають, що предметом зобов'язального права є відносини обміну в суспільстві, відносини, що

складаються в процесі економічного обороту. У результаті правового регулювання відносини економічного обороту набувають правової форми й стають зобов'язальними правовідносинами.

Але цікаво, що в економічній теорії не зустрічається такий термін, як «економічний оборот». Його використання фактично обмежується літературою з цивільного права.

Так, зазначається, що за змістом майнові відносини, які регулюються цивільним правом, поділяються на речові відносини та відносини економічного обороту (зобов'язальні відносини). Відносини економічного обороту – це відносини, що складаються у зв'язку з рухом матеріальних цінностей від однієї особи до іншої. Так, власник майна, розпоряджаючись ним, може укладати цивільно-правові договори, спрямовані на передачу майна іншій особі або у власність (наприклад, договір купівлі-продажу, міни), або у тимчасове користування (наприклад, договір оренди) [6, с. 8].

Думаємо, неточно визначати відносини економічного обороту як відносини, що складаються у зв'язку з рухом матеріальних цінностей від однієї особи до іншої, оскільки в такому вигляді вони мають поширюватися й на різні види правонаступництва, адже при правонаступництві ми також маємо справу з рухом матеріальних цінностей від однієї особи до іншої, наприклад від спадкодавця до спадкоємців.

М. Д. Єгоров трактує поняття економічного обороту дещо інакше, а саме зазначає, що відносинами економічного обороту опосередковується переміщення тільки таких матеріальних благ, які виступають у формі товару. Тому під відносинами економічного обороту слід розуміти відносини, які встановлюються в процесі товарного переміщення матеріальних благ. Саме ці відносини, на його думку, і складають предмет зобов'язального права [3, с. 571]. Тобто автор конкретизував, переміщення яких благ є визначальним для економічного обороту – матеріальних благ, які виступають у формі *товару*.

Дещо зміщені акценти в сучасній літературі. Сутність зобов'язання зводиться до зобов'язування конкретних осіб до певної поведінки в рамках майнового (цивільного) обороту, тобто до тих або інших форм товарообміну. Для нього характерний стан пов'язаності однієї особи відносно іншої [7, с. 80]. Автор цього визначення відмовився від використання терміна «економічний оборот», замінив його на «майновий», який ототожнюється з цивільним. Думаємо, що останнє є невірним, про що йтиметься нижче.

Д. В. Боброва визначає зобов'язальне право як систему цивільно-правових норм, які на засадах юридичної рівності регулюють майнові відносини в галузі *товарообороту* (*обігу*), а також майнові відносини з відшкодування завданої шкоди за участі організацій і громадян [8, с. 10].

Але спільним у цих визначеннях економічного обороту є вказівка на переміщення саме матеріальних благ. Крім того, вчені підкреслюють, що блага, які переміщуються в обороті, мають форму *товару*.

О. С. Іоффе стверджував, що в основу правового конструювання зобов'язання має бути покладений економічний процес переміщення майна

та інших результатів праці, які також мають майновий характер [9, с. 8].

Є. О. Суханов відзначає, що зобов'язальне право становить собою підгалузь цивільного права, що регулює економічний оборот (товарообмін), тобто відносини з переходу від одних осіб до інших матеріальних *та інших благ*, що мають економічну форму *товару* [10, с. 1]. Автор хоч і не обмежує оборот тільки переміщенням матеріальних благ, але пише, що блага повинні мати форму товару.

Товар – категорія економічна, її сутність зазвичай визначають як продукт праці, який виробляється для обміну шляхом купівлі-продажу. Кожний товар має дві властивості: по-перше, задовольняє певну потребу людини, по-друге, здатний обмінюватися на інші блага в певних пропорціях [11].

Звичайно, говорити про обмін товару тільки шляхом купівлі-продажу невірно, тому більш прийнятною є вказівка, що товар «призначений для обміну» [12]. Якщо продукт праці чи благо не продані й за них у процесі обміну не отримано певного еквівалента, то вони суспільству не потрібні і товаром бути не можуть. Учені підкреслюють, що товар – це благо, яке призначене для обміну на еквівалентній основі. Так само трактує термін «товар» українське законодавство. У законодавстві під товаром розуміється будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі) (Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність»); будь-яка продукція, призначена для продажу (ст. 1 Закону України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту»); продукція, об'єкти будь-якого виду та призначення, у тому числі сировина, вироби, устаткування, технології, предмети у твердому, рідкому й газоподібному стані, а також послуги, пов'язані з поставкою товарів, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів (ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель»).

Таким чином, визначальною ознакою товару є його призначення для обміну на еквівалентній основі, такою не може бути визнана передача речі без зустрічного задоволення. Але є багато зобов'язань, які основані на безоплатних договорах, що не передбачають зустрічного надання. Хоч група односторонніх зобов'язань (найбільш типових для безоплатних зобов'язань) у зобов'язальному праві набагато менша, ніж двосторонніх, але вона є. Говорячи, що зобов'язальне право як таке опосередковує переміщення товару від одних осіб до інших, ми виключаємо зі сфери його впливу цілу групу відносин, що традиційно належать саме до зобов'язальних відносин. Тому термін «товар» у визначенні зобов'язального права ми використовувати не будемо.

О. Н. Садіков вважає, що законодавство про зобов'язання й основані на його нормах зобов'язальні правовідносини юридичних і фізичних осіб створюють під час їх реалізації таке важливе поняття цивільного права, як *майновий оборот*, посилання на який містяться в низці статей ЦК РФ (ст.ст. 129, 209, 357, 401, 451 та ін.); це поняття використовується при вирішенні багатьох загальних і спеціальних питань цивільного права, коли визначаються форми й рамки обміну товарами, роботами й послугами [13].

Ми не зовсім згодні з О. Н. Садіковим, адже в жодній із перерахованих статей ЦК РФ навіть не згадується термін «майновий оборот», а тільки «оборот». Думаємо, що не випадково російський законодавець уникає обмеження обігу тільки матеріальними благами.

Важко сказати, про яке переміщення матеріальних благ йдеться при виконанні доручення у вигляді, наприклад, представництва особи в суді.

Тому самим тільки економічним оборотом предмет зобов'язального права не вичерпується.

У літературі підкреслюють, що у форму зобов'язань передусім «вдягаються» відносини економічного обороту: купівля-продаж, підряд, зберігання, експедиція, перевезення тощо. Використання правової форми зобов'язань, однак, сферою економічного обороту *не обмежується*: зобов'язальними є також відносини, що виникають унаслідок правопорушень (завдання шкоди), інших недозволених дій (необґрунтоване збагачення) [14, с. 269].

Вважаємо, що благами, які є об'єктом цивільного обороту, можуть бути не тільки речі, але й інші види об'єктів: результати робіт і послуг як матеріального, так і нематеріального характеру (наприклад, медичні, юридичні послуги), майнові права (наприклад, безготівкові гроші), інші нематеріальні блага (результати творчої діяльності – виконання музичного твору).

Варто завернути увагу на те, що ЦК України не вживає терміна «економічний/товарний/майновий оборот», а вживає термін «цивільний оборот» (ст.ст. 178, 179, 195 – у зв'язку з оборотоздатністю об'єктів цивільних прав, ст. 432 – у зв'язку з вилученням товарів, матеріалів та знарядь із цивільного обороту товарів; ст. 1116 – у зв'язку з обмеженнями, що накладаються на сторони договору комерційної концесії щодо використання предмета договору в певній сфері цивільного обороту).

Цивільний оборот означає сферу (правове поле), в якій можливе вільне, на розсуд володаря цивільного права, і без перешкод відчужування об'єктів обороту або перехід від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва.

Законодавець зробив вірно, застосувавши термін «цивільний оборот» замість більш вузького «економічний оборот», що дозволяє нам поширювати дію зобов'язального права на нові об'єкти цивільних прав.

Хоч, підкреслимо, у цивільному праві відносини економічного обороту завжди будуть мати переважне значення. В юридичні літературі завжди підкреслюється зв'язок права та економіки, а в цивільному праві такий зв'язок найбільш помітний. Цивільне право – це право економіки держави. Приватноправові відносини виникли саме як товарно-грошові відносини, які розвивалися спочатку стихійно, а потім стали предметом регулювання цивільного права, просто на сьогодні трохи змінені акценти: цивільне право дедалі більше залучає нематеріальні блага в цивільний оборот, і цей процес уже є невідворотним, ми вже живемо не в індустріальній ері, а в інформаційній, тому значення нематеріальних благ буде не меншим, можливо, скоро й більшим, ніж значення матеріальних.

Таким чином, сьогодні норми зобов'язального права регулюють майнові відносини, пов'язані з обміном результатів діяльності учасників цивільного обороту, тобто відносини економічного обороту, а також регулюють немайнові відносини, що охоплюється терміном цивільного обороту (що включає економічний оборот як складову частину цивільного обороту, а також оборот немайнових благ).

Тому норми зобов'язального права, що також регулюють оборот немайнових благ, регулюють у рамках останнього й організаційні відносини, що будуються не на основі субординації, тобто влади й підпорядкування однієї сторони іншій (такі відносини регулюються адміністративним правом), а на основі координації, тобто на началах рівності сторін. Немайнові, зокрема організаційні цивільні, правовідносини також мають структуру зобов'язання. Наприклад, відносини, що виникають із попереднього договору. Ці відносини є організаційними, немайновими й спрямованими на формування майнових відносин у майбутньому шляхом укладання відповідних договорів.

Слід зазначити, що зобов'язальне право є найбільшою підгалуззю цивільного права. Норми зобов'язального права регулюють широке коло суспільних відносин, включаючи відносини цивільного обороту: купівлю-продаж, поставку, оренду, підряд, перевезення вантажів, багажу та пасажирів, надання послуг, страхування, банківський вклад і рахунок, спільну діяльність, використання результатів науки, літератури й мистецтва, інші права (інтереси) інтелектуальної власності, захист здоров'я і майна фізичних і юридичних осіб, зобов'язання, що виникають із придбання майна без достатньої правової підстави, тощо.

Та все ж, незважаючи на різноманіття зобов'язань за їхнім характером, цільовим призначенням і суб'єктним складом, вони мають певну як економічну, так і юридичну спільність. Це дозволяє розглядати їх як єдиний вид правовідносин, що охоплюються загальним поняттям зобов'язання, і сформулювати в законі загальні правила, яким підкоряються різні різновиди зобов'язань разом із тим, що до кожного з них застосовується низка спеціальних юридичних норм [9, с. 3].

Так, підстави зобов'язальних відносин різні, звичайно, головним чином це договір, але навіть у разі виникнення зобов'язання з одностороннього правочину, з делікту тощо, для того щоб виконати зобов'язання, сторони (кредитор та боржник) взаємодіють один з одним.

Даючи визначення зобов'язальному праву, маємо застерегти, що у спеціальній юридичній літературі не можна вживати в сенсі зобов'язального права термін «зобов'язання».

Не можна ототожнювати поняття «зобов'язання» та «зобов'язальне право», оскільки перший термін означає правовідносини, а другий – певну сукупність правових норм, що регулює відповідні відносини. Так, Б. Д. Завидов зазначає, що «головна сутність зобов'язання, іменованого ще як зобов'язальне право, полягає не тільки в тому, що воно є найбільшою підгалуззю у всій системі цивільного законодавства, а в тім, що норми

зобов'язального права регулюють найширше коло суспільних відносин, включаючи відносини цивільно-господарського обороту» [15, с. 27]. Автор допускає очевидну неточність, вважаючи сутністю зобов'язання те, що воно є підгалуззю цивільного законодавства та регулює широкий спектр відносин, оскільки зобов'язання і є правовідносинами.

Далі він пише: «Зобов'язання – одні із щонайбільших правовідносин у системі цивільного права» [15, с. 27]. Але правовідносини не можуть бути крупними чи дрібними, якщо мати на увазі «складними», але є односторонні зобов'язання, які не відзначаються складністю структури, а становлять собою елементарну модель правовідносин. Крім того, правовідносини як такі не є складовою системи цивільного права. Автор, очевидно, має на увазі зобов'язальне право як велику групу норм (крупну підгалузь) у системі цивільного права.

Іноді саме визначення зобов'язального права невиправдано розширюють або, навпаки, звужують. Так, зазначають, що зобов'язальне право – це «сукупність норм, що регулюють відносини, пов'язані з переданням майна від одних осіб до інших у власність... чи в тимчасове користування... з виконанням робіт... з наданням послуг... а також відносини з відшкодування завданої шкоди, відносини, виникаючі з безпідставного придбання чи заощадження майна, і деякі інші» [16, с. 434].

Тобто автор у визначенні зобов'язального права намагається перерахувати відносини, які воно регулює, при цьому не визначаючи їх характерні особливості, які дали змогу відповісти на запитання: як виявити, чи належать конкретні відносини до предмета регулювання зобов'язального права, які критерії мають бути застосовані.

Таким критерієм є те, що зобов'язальне право регулює відносини з переходу від одних осіб до інших матеріальних та інших благ. Тому здається вірним таке визначення. *Зобов'язальне право становить собою підгалузь цивільного права, що регулює цивільний оборот, тобто відносини з переходу від одних осіб до інших матеріальних та інших благ, які (відносини) набувають форми зобов'язання, на підставі договору та інших зазначених у законі підстав.*

Зобов'язальне право характеризується деякими загальними напрямами свого розвитку. Передусім, пануюче місце в ньому займає договірне право, що регулює нормальні економічні відносини обміну. Правоохоронні зобов'язання, навпаки, є формою цивільно-правової відповідальності, що складають у цілому виняткові ситуації. Водночас обидві ці сфери зобов'язального права характеризуються посиленням правового захисту інтересів добросовісних учасників цивільного обороту [17, с. 6].

Зобов'язальне право, і в першу чергу договірне право, відіграє важливу організаційну роль, особливо у встановленні господарських зв'язків між учасниками цивільного обороту.

О.С. Іоффе в цьому випадку говорив про економічну функцію зобов'язання, яка полягає в опосередковуванні переміщення майна й інших результатів праці зі сфери виробництва у сферу обігу і через останню – у

сферу споживання (виробничого або особистого). Такий характер носять, наприклад, зобов'язання з постачання або купівлі-продажу, за допомогою яких виробник реалізує у сфері обігу виготовлену ним продукцію, а споживач отримує з тієї ж сфери предмети, необхідні йому для виробничих або особистих споживчих потреб. Зобов'язання можуть також опосередковувати переміщення майна в межах однієї тільки сфери обігу, як це, наприклад, відбувається в зобов'язальних відносинах з реалізації товарів між гуртовою і роздрібною торговою мережею. Іноді за допомогою зобов'язань здійснюється перехід майна з виробничої або споживчої сфери однієї особи у виробничу або споживчу сферу іншої, оминувши сферу обігу [9].

Зобов'язання, будучи «правом у динаміці», закономірно відбиває в собі усі новітні тенденції ділового обороту. Еволюція зобов'язань рухається шляхом створення легших форм для їх циркуляції [18, с. 240–241].

Зобов'язальне право відіграє важливу роль не лише в організації найбільш ефективних зв'язків між учасниками цивільного обороту, але й у стимулюванні досягнення саме тих цілей, на які було спрямовано установлення цих зв'язків. Значну роль у цьому відіграють норми зобов'язального права, що встановлюють майнову відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань, і заходи заохочення як до належного, так і найкращого виконання зобов'язань (преміювання за введення об'єктів будівництва в строк, підвищення гонорару за особливо сприятливий результат виконання послуг, наприклад медичних чи юридичних послуг та ін.).

Цій же меті служать норми, що встановлюють у ряді випадків особливий порядок застосування майнової відповідальності (наприклад, повернення сум неустойки, сплачених підрядником за порушення термінів виконання окремих робіт, у випадку закінчення всіх робіт по об'єкту до встановленого договором кінцевому терміну) [16, с. 438].

Взаємні права й обов'язки учасників обороту переважно регламентуються правилами диспозитивного, а не імперативного характеру. Найчастіше вони оформляються вільними правочинами самих учасників, що відбивають результати взаємного узгодження їх конкретних індивідуальних інтересів. У цій сфері значну роль покликані також зіграти звичаї ділового обороту, що складаються на ґрунті нормальних і стійких товарно-грошових зв'язків. Тому учасники таких відносин дістають широкі можливості для самостійної організації товарообміну, а саме зобов'язальне право стає одним з основних правових інструментів управління й організації ринкової економіки.

Зростання практичного значення зобов'язального права позначається в явищі, рідкісному – століття тому і частому – нині. Часто майно особи складається майже виключно із цінних паперів. Ці цінності є документами, що містять у собі права вимоги, що відповідають зобов'язанням. Юридично це призводить до досить цікавого результату: є майно, що майже виключно складається з особистих прав, в яких речових прав, в принципі набагато сильніших і надійніших для управоможеної особи,

майже зовсім немає. Це ознака розвитку та зміцнення кредиту (на думку Є. Годеме, зобов'язання – це кредит, що розглядається з юридичної точки зору; кредит – це зобов'язання, що розглядається з економічної точки зору) учасники цивільного обороту задовольняються правами особистими [19, с. 19–20].

На нашу думку, є невиправданими спроби звести зобов'язання лише до способів придбання права власності на об'єкти, що знаходяться у боржника. Саме таким чином формулює призначення зобов'язання В.В. Кулаков [20, с. 11].

Він, напевно, спрощує, коли вказує на цю особливість зобов'язання, але в його роботі часто робиться акцент на зв'язку права власності і зобов'язального права, що на нашу думку, не має набувати такого превалюючого характеру. Навпаки, основна частина зобов'язань, що виникають щодня між учасниками цивільного обороту, – зобов'язання з надання різноманітних послуг (від транспортних, якими користується основна частина людей щодня, до освітніх, медичних та інших, які також мають розповсюдження), які ніяк не пов'язані з правом власності.

Більш того, В.В. Кулаков, вважаючи, що «за допомогою зобов'язання здійснюється перехід права власності на речі від одних осіб до інших», приходить до хибного висновку, що «зобов'язання має деякий допоміжний, «службовий» характер». Думаємо, що невірна посилка призводить до необґрунтованого висновку про якусь вторинність зобов'язального права стосовно речового.

Основними тенденціями розвитку зобов'язального права є: єдність, диференціація й уніфікація законодавства, що регулює зобов'язальні відносини, переважний розвиток договірного права, диференціація договірного права за галузями господарської діяльності [21, с. 35–42].

Є.О. Суханов також додає такі тенденції розвитку зобов'язального права, як комерціалізація сучасного договірного права та посилення інтернаціоналізації, що сприяє формуванню між різними країнами «єдиного правового простору» передусім у сфері цивільного обороту [10, с. 6–7].

Інтернаціоналізація зобов'язального права, на нашу думку, один із найголовніших напрямів його розвитку в сучасному світі. На відміну від сімейного і навіть речового права, які дуже чутливі до політичних та моральних змін у суспільстві, зобов'язальне право розвивається, як правило, дуже схоже в різних країнах (тут, звичайно, ми не маємо на увазі «соціалістичний» етап розвитку нашого суспільства та інших країн, оскільки зобов'язальне право в цих умовах також було значно змінене, хоч і не так сильно, як речове). Зобов'язальне право країни схожих етапів розвитку можна уніфікувати.

Наприклад, відмічав Є. Годеме, Франція та Італія виробили в 1929 р. об'єднаний проект зобов'язального кодексу. Роль порівняльного права, на його думку, тут значніше, ніж в якій-небудь іншій області права. Якщо зобов'язальне право менш тісно пов'язане з політичним і моральним розвитком, чим інші галузі права, але тісно пов'язане з іншою еволюцією,

повільнішою, але також цілком реальною, що останнім часом виключно прискорилася, – з торговим розвитком, або, якщо більш загально, з розвитком економічним [19, с. 19].

Завданням зобов'язального права є не лише закріплення і правове регулювання відносин економічного обороту, що вже склалися, але й сприяння їх подальшому зміцненню і розвитку. Адже, закріплюючи відносини, що виникають у господарському житті, що розвивається, зобов'язальне право сприяє і подальшому зростанню, розвитку господарських відносин.

Саме зобов'язання, засновані на взаємній зацікавленості сторін, здатні забезпечити організованість, порядок і стабільність в економічному обороті, повагу до закону, яких неможливо домогтися за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів.

За допомогою зобов'язань у фізичних і юридичних осіб формується впевненість у тому, що їх підприємницька діяльність буде забезпечена всіма необхідними матеріальними передумовами, а результати цієї діяльності знайдуть визнання у споживача і будуть реалізовані. Така впевненість, у свою чергу, сприяє розвитку виробничої сфери і дозволяє кожному підприємцеві мати можливість виконати взяті на себе зобов'язання і мати можливість доставити суспільству свій кінцевий продукт. Зрештою, зобов'язальні відносини зближують людей, дають можливість одному впливати на інтереси іншого.

Можна назвати такі функції зобов'язального права: 1) посилення правового захисту інтересів добросовісних учасників цивільного обороту; 2) закріплення і правове регулювання відносин цивільного обороту (економічна функція зобов'язання); 3) стимулювання досягнення тих цілей, на які було спрямовано встановлення зв'язків між суб'єктами цивільного обороту

У зв'язку з цим великого значення набуває встановлення основних тенденцій розвитку зобов'язального права (що дозволяє визначити науково обґрунтовані шляхи створення таких правових норм, які б не лише відповідали вимогам часу, але й максимально сприяли виконанню перспективних завдань), якими є: комерціалізація, глобалізація, переважний розвиток договірного права, залучення немайнових об'єктів у сферу зобов'язального права.

Література

1. Кузнєцова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України / Н. Кузнєцова // Укр. комерц. право. – 2003. – № 4. – С. 9–15.
2. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. – К. : Укр. центр правничих студій, 2000. – 336 с.
3. Гражданское право : [ученик] : в 3 т. / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев [и др.]; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Проспект, 2005. – Т. 1. – 776 с.
4. Вільнянський С. Й. Загальне вчення про зобов`язання / Соломон Йосипович Вільнянський // Антологія української юридичної думки : в 10 т. – К. : Юрид. кн., 2004. – Т. 9 : Юридична наука радянської доби / упоряд. В. Б. Авер'янов, О. М. Костенко. – С. 464–486.
5. Гражданское право России. Обязательственное право : [курс лекций] / отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : Юристъ, 2004. – 845 с.

6. Цивільне право України : [підруч. для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти] / Ч. Н. Азімов, М. М. Сібільов, В. І. Борисова [та ін.] ; за ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. – Х. : Право, 2000. – Ч. 1. – 368 с.
7. Гражданское право : [ученик] : в 3 т. / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева. – М. : РГ Пресс, 2010. – Т. 1. – 1008 с.
8. Цивільне право : [навч. посіб. для студ. юрид. вузів та фак.]. – К. : Вентурі, 1996. – 480 с.
9. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 880 с.
10. Гражданское право : [ученик] : в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – Т. 2, п/т. 1. – 702 с.
11. Політична економія : [навч. посіб.] / К. Т. Кривенко, В. С. Савчук, О. О. Бєляєв [та ін.] ; за ред. К. Т. Кривенка. – К. : КНЕУ, 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://studentam.net.ua/content/view/4465/132/
12. Григорук А. А. Основи економічної теорії: політекономічний аспект / А. А. Григорук, М. С. Палюх, Л. М. Литвин, Т. Д. Літвінова ; за ред. А. А. Григорука, М. С. Палюха. – Тернопіль, 2002. – 304 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://studentam.net.ua/content/view/5355/132/
13. Гражданское право России. Обязательственное право : [курс лекций] / отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : Юристъ, 2004. – 845 с.
14. Гражданское право : [учеб. для вузов] / под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – Ч. 1. – 464 с.
15. Завидов Б. Д. Общие положения и отдельные особенности обязательственных правоотношений / Б. Д. Завидов // Юрист. – 2003. – № 1. – С. 27–33.
16. Советское гражданское право : [учеб.] Т. 1 / [А.М. Белякова, В.К. Бессмертный, А.Г. Быков, Е.Н. Гендзехадзе, и др.] ; отв. ред. В.П. Грибанов, С.М. Корнеев. – М. : Юрид. лит., 1979. – 552 с.
17. Гражданское право : [учеб.] : в 2-х т. / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд. перераб. и доп. – М. : БЕК. – Т. 2. ; Полутом 1. – 2002. – 704 с.
18. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. – Минск : Харвест, 2002. – 528 с.
19. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ ; [пер. с франц. И. Б. Новицкого] // Ученые труды ВИЮН. – 1948. – Вып. XIII. – 512 с.
20. Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России : монография / В. В. Кулаков. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 256 с.
21. Грибанов В. П. Основные тенденции развития советского обязательственного права / В. П. Грибанов // Сов. государство и право. – 1973. – № 1. – С. 35–42.

Анотація

Голубєва Н. Ю. **Поняття та значення зобов'язального права України.** – Стаття.

Стаття присвячена визначенню поняття та обґрунтуванню значення зобов'язального права України на сучасному етапі розвитку цивільного права України. Зроблено висновок, що зобов'язальне право становить собою підгалузь цивільного права, що регулює цивільний оборот, тобто відносини з переходу від одних осіб до інших матеріальних та інших благ, які (відносини) набувають форми зобов'язання, на підставі договору та інших зазначених у законі підстав.

Ключові слова: зобов'язання, зобов'язальне право, система зобов'язального права, підгалузі цивільного права, цивільний оборот.

Аннотация

Голубева Н. Ю. Понятие и значение обязательственного права Украины. – Статья.

Статья посвящена определению понятия и обоснованию значения обязательственного права Украины на современном этапе развития гражданского права Украины. Сделан вывод о том, что обязательственное право представляет собой подотрасль гражданского права, которая регулирует гражданский оборот, то есть отношения по переходу от одних лиц к другим материальных и других благ, которые (отношения) приобретают форму обязательства, на основании договора и других указанных в законе оснований.

Ключевые слова: обязательство, обязательственное право, система обязательственного права, подотрасли гражданского права, гражданский оборот.

Summary

Golubeva N. Yu. The concept and value of obligatory law of Ukraine. – Article.

This article is devoted to definition and justification of meaning of obligatory law of Ukraine on contemporary stage of development of civil law. It was concluded ,that obligatory law is subsector law, that is regulating civil circulation, it means the relationships with the transition from one person to the other material and other benefits that (relationship) takes the form of obligation under a contract or other specified on law basement.

Key words: obligation, obligatory law, system of obligatory law, subsector of civil law, civil circulation.

УДК 347.78

О. І. Харитонова, Г. О. Ульянова

ПОНЯТТЯ Й ОСОБЛИВОСТІ АКАДЕМІЧНОГО ПЛАГІАТУ

Відповідно до Етичного кодексу вченого України вчений зобов'язаний протидіяти конформізму в науковому співтоваристві, брати активну участь у процесах атестації наукових кадрів, протидіяти присудженню наукових ступенів і звань за роботи, які не відповідають сучасним досягненням світової науки або виконані з порушенням норм етики, зокрема рішуче викривати факти плагіату й інших форм порушень авторського права. Учений визнає міжнародні й національні правові норми щодо авторських прав. Він може використовувати інформацію з будь-яких публікацій за умови, що вказує джерело та проводить чітку межу між власними даними та здобутками інших. Запозичення для власних публікацій будь-яких фотографій, рисунків, таблиць, схем тощо потребує, згідно з видавничими правилами, дозволу автора або видавництва.

Учений не повинен повторювати свої наукові публікації з метою збільшення їх кількості. Якщо для пропаганди наукових досягнень доцільна публікація однієї й тієї ж роботи в різних журналах, редактори останніх повинні бути поінформовані про факт публікації в інших виданнях [1].

На превеликий жаль, вимоги Етичного кодексу вченого України дотримуються не завжди, свідченням чого є численна практика виявлення плагіату в наукових роботах. Варто відзначити, що плагіат та самоплагіат характерний не лише для вітчизняної науки. Досвід зарубіжних країн у виявленні наукового плагіату також свідчить про актуальність боротьби із цим негативним явищем.

Однак науковий плагіат є не лише етичною проблемою. Унаслідок неправомірного використання чужих результатів інтелектуальної, творчої діяльності порушуються майнові й немайнові права добросовісних авторів.

У зв'язку із цим важливе значення має визначення правових засад захисту авторських прав від плагіату в науковій сфері.

Проблемні питання захисту авторських прав від плагіату, у тому числі й у науковій сфері, досліджувались у працях С.У. Гончаренко, І.Д. Котлярова, В.С. Петренко, І.І. Петренко, О.П. Орлюк, О.І. Харитонової, Є.О. Харитонова, О.О. Штефан.

© Харитонова О. І., Ульянова Г. О., 2014

Метою статті є розкриття сутності академічного плагіату та самоплагіату в науковій сфері як порушень прав інтелектуальної власності й етики наукових публікацій.

Плагіат як порушення авторських прав передбачений ч. 2 ст. 20 Модельного кодексу інтелектуальної власності для держав-учасниць СНД [2].

Загальні засади захисту авторських прав від плагіату визначено в Законі України «Про авторське право і суміжні права». У цьому законі закріплено визначення плагіату, передбачено способи захисту порушених майнових і немайнових прав, однак не виділено окремі види плагіату.

У наукових дослідженнях, присвячених проблемам захисту прав інтелектуальної власності від плагіату, розроблено різні класифікації форм і способів привласнення авторства, серед яких виділяється також плагіат у науковій, професійній сфері.

Так, І.В. Порало залежно від виду діяльності та сфери застосування поділяє плагіат на чотири види, де кожен має своє цільове призначення:

– професійний – передбачає присвоєння інтелектуальних, творчих, професійних та інших здобутків у професійних цілях (мета – авторитет, заробіток, нагороди, визнання тощо);

– освітньо-науковий плагіат – полягає в присвоєнні чужого інтелектуального майна виключно в процесі здобуття наукового ступеня, освітньої кваліфікації або визнання в цих напрямах;

– соціальний плагіат – виникає в побутових відносинах, є тим самим, що й професійний, проте не стосується фахової діяльності;

– нормативний плагіат – привласнення законодавчих, юридичних, методичних, наукових, практичних напрацювань. Він є загальним – без приналежності до чогось або когось (наприклад, привласнення програми розвитку пенсійної системи або оприлюднення за своїм авторством розробленої методики вирішення спорів у сімейному законодавстві) [3].

О.В. Піхурець виділяє такий вид плагіату, як службовий плагіат (institutionalized plagiarism) – привласнення творчих праць підлеглих вищим керівництвом. Розрахунок тут надзвичайно простий. Майже ніхто з підлеглих не буде оскаржувати спірність авторства керівництва, побоюючись звільнення чи інших негативних наслідків [4].

У Положенні про академічний плагіат ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України» сформульовано визначення академічного плагіату, під яким розуміється навмисне відтворення викладачем, докторантом, аспірантом або студентом у письмовій або електронній формі чужого твору, опублікованого на паперовому носії або офіційно оприлюдненого на електронному, повністю або частково під своїм іменем без посилання на автора [5].

У західному світі склалася своєрідна класифікація академічного плагіату. У найбільш концентрованому вигляді її суть представлена в документі під назвою «Перелік 10 головних видів» («A Top 10 List»). Перелік інтелектуальних крадіжок відкриває CLON – дослівне копіювання чужої роботи. Наступним типом плагіату є CTRL-C, де в письмовому фрагменті

міститься значна частка тексту з одного джерела без жодних змін. За ним йде FIND-REPLACE, що передбачає заміну ключових слів і фраз, проте основний зміст джерела залишається незмінним. Порушення, що має назву REMIX, являє собою перефразування інших джерел, упорядкованих таким чином, щоб їх зміст виглядав цільним, «безшовним». Плагіат під назвою RECYCLE передбачає значні запозичення з попередніх робіт самого автора без цитування, тобто «самоплагіат». Для варіанту HYBRID характерне досконале комбінування в одній роботі цитованих праць і скопійованих уривків без посилань. Плагіат під назвою MASHUP являє собою мікс запозичених матеріалів із декількох джерел без відповідного цитування. Останнє з перелічених порушень – 40 ERROR – це письмові фрагменти з посиланнями на неіснуючу або неточну інформацію [6, с. 64; 7].

З прийняттям Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. на законодавчому рівні закріплено визначення академічного плагіату [8].

Відповідно до ч. 6 ст. 69 Закону України «Про вищу освіту» академічний плагіат – це оприлюднення (частково або повністю) наукових результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження та/або відтворення опублікованих текстів інших авторів без відповідного посилання.

Виходячи з наведеного визначення, академічний плагіат може бути вчинено двома способами: по-перше, оприлюднення (частково або повністю) наукових результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження; по-друге, відтворення опублікованих текстів інших авторів без відповідного посилання.

У частині визначення академічного плагіату як оприлюднення (частково або повністю) наукових результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження, визначення, наведене в Законі України «Про вищу освіту», за суттю співпадає з визначенням плагіату, закріпленим у Законі України «Про авторське право і суміжні права». В обох випадках під плагіатом розуміються дії, які полягають у привласненні авторства на чужі результати інтелектуальної, творчої діяльності.

На особливу увагу заслуговує законодавчий підхід до визнання академічним плагіатом дій, які передбачають відтворення опублікованих текстів інших авторів без відповідного посилання.

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» відтворення – це виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер [9].

Право на відтворення є одним із майнових прав. Відповідно до ст. 9 Бернської конвенції автори літературних і художніх творів охороняються цією конвенцією, користуються виключним правом дозволяти відтворення цих творів будь-яким чином і в будь-якій формі. Згідно із законодавством країн Європейського Союзу зберігається право дозволяти відтворення таких творів в особливих випадках за умови, що таке відтворення не завдає шкоди нормальному використанню твору й не зачіпає будь-яким необґрунтованим

способом законні інтереси автора. Будь-який звуковий або візуальний запис визнається відтворенням для цілей цієї Бернської конвенції [10].

Одним із можливих способів відтворення твору є його розміщення в мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання [11].

Щоб відтворення тексту без відповідного посилання було кваліфіковано як плагіат, важливе значення має те, щоб автором відтвореного тексту була зазначена особа, яка його не створювала. Якщо ж особа відтворить чужий текст, наприклад, розмістивши його в мережі Інтернет, при цьому не зробить посилання на автора та джерело, у якому стаття надрукована, та при цьому не вкаже себе як автора статті, таке відтворення не може бути визнано плагіатом. Такі дії мають кваліфікуватися як порушення майнових і немайнових прав, однак за відсутності привласнення авторства вони не можуть бути визнані плагіатом. У зв'язку із цим, на нашу думку, визначення академічного плагіату потребує уточнення. Плагіатом може бути визнано відтворення тексту без відповідного посилання на автора та джерело походження під іменем особи, яка не є його автором.

Отже, незалежно від того, яким чином буде здійснено академічний плагіат (шляхом обнародування чи відтворення) ключовою ознакою має виступати привласнення авторства на чужий результат інтелектуальної, творчої діяльності.

Дослідження академічного плагіату дозволяє визначити його відмінні риси.

По-перше, це сфера інтелектуальної, творчої діяльності, у якій він допускається, – наукова сфера.

По-друге, категорія об'єктів, права на які порушуються. Варто звернути увагу на те, що у визначенні академічного плагіату передбачено не лише два способи вчинення плагіату, а й дві категорії об'єктів, які неправомірно використовуються, – наукові результати й опублікований текст.

Відповідно до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» науковий результат – це нове знання, отримане в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень і зафіксоване на носіях наукової інформації у формі звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення про науково-дослідну роботу, монографічного дослідження, наукового відкриття тощо [12]. Отже, науковий результат – це результат інтелектуальної, творчої діяльності, який вирізняється з-поміж інших об'єктів права інтелектуальної власності своїм науковим змістом.

Щодо опублікованого тексту спеціальних критеріїв у Законі України «Про вищу освіту» не виділено. Відповідно, допускається, що внаслідок наукового плагіату можуть бути порушені права не лише на наукові результати, а й інші об'єкти інтелектуальної власності.

Текст – це єдність речень, розташованих у певній послідовності й пов'язаних між собою за змістом, інтонацією, стилем, спрямованістю за допомогою різних мовних можливостей. У мовленні текст – це висловлювання, що складається із сукупності речень, тим самим утворюючи змістову та структурну цілісність [13].

Тексти, з якими доводиться мати справу вченому, умовно можна розділити на дві групи: тексти, що він створює, і тексти, які йому доводиться використовувати у своїй діяльності або піддавати експертизі. Усі ці тексти створюють своєрідний текстовий простір, у якому перебуває вчений. При цьому ефективність науковця виміряється здатністю створювати власні оригінальні тексти, поширювати їх та опановувати, застосовувати, переробляти й оцінювати інші тексти [14, с. 3].

Тексти, які використовуються під час наукової діяльності, можуть мати як науковий, так і ненауковий характер. Наприклад, у наукових працях може використовуватись інформація про певні події, наведена в засобах масової інформації.

Однак незалежно від характеристики тексту ключовою його ознакою є те, що текст виступає об'єктом права інтелектуальної власності. Такий акцент має важливе практичне значення, адже відтворення не кожного тексту може бути визнано академічним плагіатом. Визначити це можливо на прикладі використання юридичних текстів.

Юридичні тексти становлять клас об'єднаних загальною комунікативною метою текстів, що використовуються в типових ситуаціях спілкування, мають однакову прагматичну установку та спільні лінгвостилістичні риси.

Юридичні тексти залежно від сфери їх застосування поділяються на такі види: тексти законотворчої діяльності (текст нормативно-правового акта), тексти правозастосувальної діяльності, тексти юридичної науки, тексти правової публіцистики [15, с. 16].

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права» не є об'єктами авторського права видані органами державної влади в межах їх повноважень офіційні документи політичного, законодавчого, адміністративного характеру (закони, укази, постанови, судові рішення, державні стандарти тощо) та їх офіційні переклади. Відповідно, використання тексту закону чи його частини шляхом відтворення не буде визнано академічним плагіатом. Інший випадок, якщо відтворюється текст юридичної науки. Такі тексти відповідають принципу фаховості, містять нові для користувачів знання, є інформаційно актуальними й достатніми, пізнавально цінними, доступними за змістом та обсягами інформації, обов'язково зразковими прикладами з точки зору норм сучасної української літературної мови. Об'єктивний, зрозумілий, доказовий, точний і неупереджений виклад правової інформації в цих текстах має впливати на розум і свідомість адресата [15, с. 17]. Прикладом тексту юридичної науки є наукові статті, монографії тощо. Такі тексти є результатами інтелектуальної, творчої діяльності, права на які належать їх авторам. У зв'язку із цим відтворення текстів юридичної науки без відповідного посилання на автора та джерело запозичення інформації з привласненням авторства на відтворений текст може бути визнано академічним плагіатом.

Таким чином, академічним плагіатом може бути визнано неправомірне відтворення тексту, який підлягає охороні як об'єкт права інтелектуальної власності.

По-третє, це особи, які допускають академічний плагіат. Відповідно до Закону України «Про вищу освіту» система забезпечення вищими навчальними закладами якості освітньої діяльності та якості вищої освіти (система внутрішнього забезпечення якості) передбачає, зокрема, забезпечення ефективної системи запобігання та виявлення академічного плагіату в наукових працях працівників вищих навчальних закладів і здобувачів вищої освіти. У свою чергу вищі навчальні заклади зобов'язані вживати заходи, у тому числі шляхом запровадження відповідних новітніх технологій, щодо запобігання й виявлення академічного плагіату в наукових роботах наукових, науково-педагогічних, педагогічних, інших працівників і здобувачів вищої освіти та притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

Виходячи з положень Закону України «Про вищу освіту», академічний плагіат може бути допущений:

– науково-педагогічними працівниками – особами, які за основним місцем роботи у вищих навчальних закладах провадять навчальну, методичну, наукову (науково-технічну, мистецьку) та організаційну діяльність;

– педагогічними працівниками – особами, які за основним місцем роботи у вищих навчальних закладах провадять навчальну, методичну й організаційну діяльність.

– науковими працівниками – особами, які за основним місцем роботи й відповідно до трудового договору (контракту) професійно здійснюють наукову, науково-технічну або науково-організаційну діяльність і мають відповідну кваліфікацію незалежно від наявності наукового ступеня або вченого звання;

– здобувачами освіти – особами, які навчаються у вищому навчальному закладі на певному рівні вищої освіти з метою здобуття відповідного ступеня та кваліфікації.

По-четверте, це способи вчинення академічного плагіату: шляхом опублікування наукового результату під власним іменем особою, якій він не належить, і шляхом відтворення опублікованого тексту без посилання на автора. Обов'язковою умовою є привласнення авторства на відтворений текст.

По-п'яте, спеціальні наслідки, які настають у випадку виявлення академічного плагіату. Відповідно до Закону України «Про вищу освіту» (ч. 6 ст. 6) виявлення в поданій на захист дисертації (науковій доповіді) академічного плагіату є підставою для відмови в присудженні відповідного наукового ступеня. Виявлення академічного плагіату в захищеній дисертації (науковій доповіді) є підставою для скасування рішення спеціалізованої вченої ради про присудження наукового ступеня та видачу відповідного диплома. Якщо дисертація (наукова доповідь), у якій виявлено академічний плагіат, була захищена в постійно діючій спеціалізованій вченій раді, науковий керівник (консультант), офіційні опоненти, які надали позитивні висновки про наукову роботу, та голова відповідної спеціалізованої вченої ради позбавляються права брати участь у роботі спеціалізованих учених рад строком на два роки, а вищий навчальний заклад (наукова установа)

позбавляється акредитації відповідної постійно діючої спеціалізованої вченої ради та права створювати разові спеціалізовані вчені ради строком на один рік. Якщо дисертація (наукова доповідь), у якій виявлено академічний плагіат, була захищена в разовій спеціалізованій вченій раді, науковий керівник, члени цієї ради й офіційні опоненти, які надали позитивні висновки про наукову роботу, позбавляються права брати участь у роботі спеціалізованих учених рад строком на два роки, а вищий навчальний заклад (наукова установа) позбавляється права створювати разові спеціалізовані вчені ради строком на один рік.

Крім того, вищезазначений закон передбачає можливість притягнення до дисциплінарної відповідальності, однак це питання потребує подальшого доопрацювання з метою чіткого визначення, яка саме дисциплінарна відповідальність має застосовуватися залежно від суб'єкта-плагіатора й самого порушення (плагіат, допущений уперше, повторно, у науковій статті, монографії, навчальному посібнику тощо).

Особлива увага має бути приділена наслідкам виявлення плагіату в наукових роботах здобувачів освіти.

Підсумовуючи, варто відзначити, що академічний плагіат є суттєвою загрозою розвитку наукової діяльності, а тому його виявлення й попередження є одним з актуальних питань сьогодення.

Визначення на законодавчому рівні поняття й основних наслідків академічного плагіату є важливим кроком на шляху зменшення його практики. Разом із тим чимало питань потребують подальшого доопрацювання, починаючи від визначення академічного плагіату до наслідків його виявлення, що обумовлює важливість і практичну необхідність проведення подальших наукових досліджень у зазначеній сфері.

Література

1. Етичний кодекс ученого України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://znc.com.ua/ukr/news/2009/20090123ethic.php.
2. Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств-участников СНГ // Официальный веб-портал Верховной Рады Украины [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_m97/print1366311994900272.
3. Порало І.В. Інтелектуальний капітал України в полоні плагіату / І.В. Порало // Теорія і практика управління соціальними системами: філософія, психологія, педагогіка, соціологія. – 2009. – № 4. – С. 89–97.
4. Піхурець О.В. Плагіат: проблеми виявлення та засоби попередження / О.В. Піхурець // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2.– С. 166.
5. Положення про академічний плагіат ДВНЗ Українська академія банківської справи Національного банку України від 02.04.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://uabs.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1709%3A2012-01-05-05-42-16&catid=144%3A2012-01-05-05-13-29&Itemid=614&lang=uk.
6. Ковальова А.А. Проблеми академічного плагіату та авторського права / А.А. Ковальова // Спеціальні історичні дисципліни : збірник наукових праць / відп. ред. Г.В. Боряк. – К. : НАН України, Інститут історії України, 2013. – Ч. 21. – С. 61–71.
7. Turnitin [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://turnitin.com.
8. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 р. // Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1556-18/print1369221587356216.

9. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.
10. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_051.
11. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про інтелектуальну власність : Лист Вищого господарського суду від 14.01.2002 р. № 01-8/31 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v8_31600-02.
12. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 13.12.1991 р. № 1977-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1977-12.
13. Шиліна А.Г. Українська мова 9 клас / А.Г. Шиліна [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zhu.edu.ua/mk_school/course/view.php?id=87.
14. Сурмін Ю.П. Наукові тексти: специфіка, підготовка та презентація : [навч.-метод. посіб] / Ю.П. Сурмін. – К. : НАДУ, 2008. – 184 с.
15. Мова права і мова закону. Юридичний текст : лекція з дисципліни «Правнича лінгвістика» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www-jurfak.univer.kharkov.ua/studentu/st_teksty.php.

Анотація

Харитонова О. І., Ульянова Г. О. **Поняття й особливості академічного плагіату.** – Стаття.

Статтю присвячено висвітленню ознак академічного плагіату. Розкрито поняття й особливості академічного плагіату, визначено суб'єктів, які його допускають, способи вчинення й наслідки виявлення в наукових роботах.

Ключові слова: плагіат, академічний плагіат, відтворення твору, опублікований текст.

Аннотация

Харитонова Е. И., Ульянова Г. А. **Понятие и особенности академического плагиата.** – Статья.

Статья посвящена освещению признаков академического плагиата. Раскрыто понятие и особенности академического плагиата, определены субъекты, которые его допускают, способы совершения и последствия выявления в научных трудах.

Ключевые слова: плагиат, академический плагиат, воспроизведение произведения, опубликованный текст.

Summary

Kharitonova E. I., Ulianova G. A. **Concept and features of academic plagiarism.** – Article.

This article highlights signs of academic plagiarism. The author reveals the concept and features of academic plagiarism, the subjects that allow it, ways of committing and the consequences of revealing in scientific papers.

Key words: plagiarism, academic plagiarism, reproduction of a work, published text.

УДК 342.951

О. Г. Комісаров

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Постановка проблеми. Особливістю розвитку сучасного суспільства є постійне збільшення ролі інформаційної сфери в житті людини та, відповідно, інформаційної діяльності в її глобальному сприйнятті. При цьому формування інформаційного суспільства не є простим «однорідним» процесом, у межах якого всі країни, організації та окремо взяті індивіди одночасно досягають певного позитивного результату.

У сучасній Україні вже закладено правові засади побудови інформаційного суспільства, спрямованні на врегулювання суспільних відносин щодо створення інформаційних електронних ресурсів, захисту інтелектуальної власності на ці ресурси, впровадження електронного документообігу, захисту інформації тощо. Разом із тим нові тенденції розвитку інформаційної сфери, насамперед стрімке формування глобального інформаційного простору та глобальне інформаційне протиборство, розробка й використання новітніх інформаційно-комунікаційних технологій, виникнення принципово нових суспільних відносин за різноманітними напрямами інформаційної діяльності, зокрема електронне урядування, доступ до публічної інформації, функціонування засобів масової інформації, державна статистика і документообіг, інформаційна діяльність у галузях освіти і науки, культури і мистецтва, в економічній, фінансовій, банківській, правоохоронній, законотворчій та інших сферах, потребують як всебічного дослідження й належного правового забезпечення, так і формування національної політики розвитку інформаційного суспільства.

Оцінка стану літератури. Вироблене в процесі оцінки феномену інформаційного суспільства поняття поклало початок однойменної теорії, яка була введена у науковий обіг на початку 60-х років XX століття. У витоків цієї теорії стояли праці Д. Белла, З. Бржезінського, Р. Дарендорфа, П. Друкера, В. Іноземцева, Г. Канна, М. Кастельса, І. Масуди, Ф Махлупа, М. Пората, Б. Смарта, Т. Стоунера, А. Тоффлера, А. Турена та інших,

© Комісаров О. Г., 2014

в яких створення інформаційного суспільства визнано новою історичною фазою розвитку людської цивілізації.

Попри значну кількість наукових досліджень філософських, соціологічних, організаційних, технічних, правових та інших аспектів формування інформаційного суспільства, в сучасній науці все ще відсутнє єдине його розуміння, не сформовані базові поняття.

Постановка завдання. Мета статті – на основі аналізу основних поглядів на інформаційне суспільство як об'єкт державного управління, державної інформаційної політики та чинного законодавства надати оцінку сучасному етапу формування Національної політики розвитку інформаційного суспільства та напрямам її запровадження.

Виклад основного матеріалу дослідження. Осмислення проблеми формування інформаційного суспільства, з'ясування ступеня її глобальності та впливу на функціонування державних і суспільних інституцій, а також вироблення узгодженої політики та стратегії дій є ключовим заходом у її вирішенні. Так, ще А. Тоффлер, схиляючись до розуміння інформаційного суспільства як «суперіндустріального», яке діє в межах сталої системи суспільних відносин, але з постійним пришвидшенням свого розвитку, зауважував, що «немає загальноприйнятого вислову, який повністю задовольнив би потреби опису нового періоду соціального розвитку, до якого ми наближаємось», А. Турен називав його «запрограмованим» через наявність впливу рішень, політик і програм на природньо-історичний розвиток, Р. Дарендорф – «посткапіталістичним», Дж. Мартін – «телематичним», К. Боулдінг – «постцивілізаційним», Г. Кан – «постекономічним», С. Алтром – «постпротестантським», Дж. Ліхтхайм – «постбуржуазним», А. Етціоне – «постмодерністським», З. Бржезинський – «технотронним», В. Іноземцев – «постекономічним».

Безпосередньою причиною виникнення поняття «інформаційне суспільство» та його подальшого нормативно-правового закріплення слід вважати реакцію людства на пришвидшення розвитку обчислювальної техніки і інформаційних технологій. Однак державні та суспільні інституції, які ще із середини XX ст. були пов'язані з інформаційними технологіями та інформаційною діяльністю, не ставили перед собою завдання надання правової оцінки інформаційним технологіям через відсутність суттєвого впливу останніх на умови життя людини та суспільний прогрес загалом. Відповідно, незважаючи на «діяльність всесвітньо відомої школи кібернетики; формування на початку 90-х років минулого століття концепції та програми інформатизації; створення різноманітних інформаційно-комунікаційних технологій і загальнодержавних інформаційно-аналітичних систем різного рівня та призначення» [1], законодавчого визначення самого поняття інформаційного суспільства не було вироблено.

Водночас у працях різних авторів формувалася подібна позиція щодо того, що існуючі суспільні регулятори та засоби обробки інформації з часом переставали справлятися з потоком інформації, збільшувався обсяг необробленої або неопублікованої інформації, остання перестала вико-

ристовуватися безпосередньо після її оприлюднення, ускладнювався міждержавний інформаційний обмін, зріс мовний бар'єр тощо. І. Негодаєв у межах дискусії щодо проблем формування інформаційного суспільства такий стан позначав за допомогою терміна «інформаційний тромбоз» – збільшення обсягів інформації, що супроводжується фізіологічною обмеженістю людини в її сприйнятті та переробці, а також складністю у вичлененні необхідної інформації із загального потоку («інформаційне голодування») [2].

Вважаючи осмислення проблем розбудови інформаційного суспільства та вироблення єдиної стратегії щодо їх вирішення питаннями світового масштабу, спрямованими на досягнення цілей Декларації тисячоліття ООН, Резолюцією 90-го пленарного засідання Генеральної асамблеї «Всесвітня зустріч на вищому рівні з питань інформаційного суспільства» прийнято рішення щодо проведення Зустрічей на вищому рівні з питань інформаційного суспільства (перший етап – у 2003 році у Женеві, другий – у 2005 році у Тунісі) [3].

Відповідно до п.1 Женевської декларації принципів наголошено на спільному прагненні і рішучості побудувати орієнтоване на інтереси людей, відкрите для всіх і спрямоване на розвиток інформаційне суспільство, в якому кожний може створювати інформацію і знання, мати до них доступ, користуватися й обмінюватися ними, даючи змогу окремим особам, громадам і народам повною мірою реалізувати свій потенціал, сприяючи своєму сталому розвитку і підвищуючи якість свого життя на основі цілей і принципів Статуту ООН і поважаючи в повному обсязі та підтримуючи Загальну декларацію прав людини [4]. При цьому учасники Зустрічі зазначали, що опанування потенціалу інформаційних і комунікаційних технологій (далі – ІКТ) здійснюється для просування цілей розвитку Декларації тисячоліття, а саме: подолання крайньої бідності і голоду; забезпечення загальної початкової освіти; сприяння рівності чоловіків і жінок та надання всіх прав і можливостей жінкам; скорочення дитячої смертності; поліпшення охорони материнства; боротьба з ВІЛ/СНІД, малярією та іншими захворюваннями; сприяння екологічній сталості і розвитку глобальних партнерств з метою розвитку для досягнення більш мирного, справедливого і процвітаючого світу (п.2) [4].

З огляду на те, що глобальне опанування ІКТ поряд із безумовними перевагами несе й певні загрози, у Женевській декларації зазначено, що, хоча, відповідно до ст. 19 Загальної декларації прав людини, основу інформаційного суспільства складає право кожного на свободу переконань і їх виявлення із включенням до нього свободи безперешкодно дотримуватися своїх переконань та свободи шукати, одержувати і поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів (п. 4.), відповідно до положень ст. 29 Загальної декларації прав людини кожна людина має обов'язки перед суспільством, в якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи, і при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина має зазнавати таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод

інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві (п. 5).

Визначаючи ключові принципи інформаційного суспільства, автори Женевської декларації вказували, що його серцевиною є спілкування, яке виступає одним з основних соціальних процесів, однією з базових людських потреб і основою будь-якої соціальної організації [4]. Відповідно, принципи інформаційного суспільства, заявлені у п. 17 декларації, були спрямовані на вироблення нових форм солідарності, партнерства і співробітництва між державними органами та іншими заінтересованими сторонами, громадянським суспільством і міжнародними організаціями. Також важливим рішенням виступила фіксація мети процесу розбудови інформаційного суспільства (інформатизації) – подолання цифрового розриву і забезпечення гармонійного, справедливого і рівноправного розвитку для всіх, цифрової солідарності як на національному, так і на міжнародному рівнях [4].

Для досягнення поставленої мети та реалізації керівних принципів було розроблено Женевський План дій, який визначено платформою, що розвивається для сприяння інформаційному суспільству на національному, регіональному і міжнародному рівнях [5].

Розглядаючи зміст Женевської декларації та Женевського Плану дій, звернемо увагу, що їх автори наполягали на розробці й запровадженні до 2005 року національних електронних стратегій та, враховуючи різні національні обставини, на: сприянні використанню ІКТ для цілей розвитку з боку державних органів і всіх заінтересованих сторін (С1); розбудові інформаційної і комунікаційної інфраструктури як необхідного фундаменту інформаційного суспільства (С2); забезпеченні доступу до інформації і знань (С3); підвищенні компетентності (С4); зміцненні довіри і безпеки при використанні ІКТ (С5); створенні сприятливого середовища (С6); застосуванні ІКТ в усіх аспектах життя: електронному уряді, електронному бізнесі, електронному навчанні, електронній охороні здоров'я, електронній зайнятості, електронній охороні довкілля, електронному сільському господарстві, електронній науковій діяльності (С7); забезпеченні культурного різноманіття та ідентичності, мовного різноманіття і місцевого контенту (С8); заохоченні засобів масової інформації (С9); зміцненні етичної сторони інформаційного суспільства (С10); забезпеченні міжнародного і регіонального співробітництва (С11).

На відміну від першого етапу Зустрічі на його другому етапі було визнано центральну роль державної політики у створенні рамок, в яких може здійснюватися мобілізація ресурсів формування інформаційного суспільства.

Безпосередні практичні дії з виконання були об'єднані у Туніській програмі для інформаційного суспільства, зміст якої був розділений на три складові частини: визначення сфер, де прогрес уже досягнуто; досягається; не був досягнутий. [6] Відповідно, одним з ключових завдань проведення парламентських слухань з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні у 2005 та 2014 роках було виконання цієї програми та надання

оцінки стану розбудови інформаційного суспільства в Україні порівняно зі світовими тенденціями і станом виконання Женевського Плану дій в інших країнах, визначення відповідності стану інформатизації потенціалу та можливостям України тощо. Під час парламентських слухань з питань законодавчого забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні такій діяльності було дано негативну оцінку з відображенням у Рекомендаціях парламентських слухань того, що «за часів незалежності України галузь інформаційних технологій розвивалася практично без підтримки з боку держави, роль якої переважно зводилася до збору статистичних відомостей, які часто не відображали реального стану справ» та «відсутність державної підтримки національної індустрії програмної продукції в умовах, коли вона перебуває на етапі становлення, може призвести до негативних наслідків, зокрема стагнації і втрати конкурентоспроможності вітчизняних компаній на світовому ринку» [7].

Рекомендації парламентських слухань з питань розвитку інформаційного суспільства в Україні у 2005 та 2014 роках в цілому повторюють стратегічні напрями, визначені в резолютивних документах Зустрічей, що обумовлює комплексність вирішення кожного з наступних стратегічних проблемних питань: 1. розробка та реалізація національної стратегії розвитку інформаційного суспільства в України; 2. розвиток інформаційної інфраструктури Кабінету Міністрів України; 3. забезпечення повсюдного доступу до телекомунікаційних послуг; 4. стимулювання розвитку послуг для населення та у сфері бізнесу із застосуванням інформаційно-комунікаційних технологій; 5. створення загальнодоступних електронних інформаційних ресурсів; 6. забезпечення інформаційної безпеки; 7. участь громадськості у прийнятті рішень.

Розглядаючи інформаційне суспільство у найбільш широкому значенні, звернемо увагу й на те, що воно сприяє розвитку особистості та одночасно пригнічує значення державних і суспільних інституцій. Поряд із цим не варто забувати, що інформація як основна рушійна сила суспільства є результатом віддзеркалення в різних формах фактів суспільного буття і суспільної свідомості, а у функціональному плані виступає універсальним засобом передавання, накопичення, циркуляції відбитої синергетики різноманіття життя соціуму. Отже, можливо припустити, що державна політика, спрямована на розвиток ІКТ, серед іншого спрямовується й на поступове позбавлення особи можливостей формувати власне інформаційне середовище та створення неможливості її самостійного відходу від глобального інформаційного простору або пануючої інформаційної технології.

Так, ще І. Мелюхін звертав увагу на той факт, що «коли у продуктивних силах і виробничих відносинах, у прирості капіталу на передній план виходять знання і інформація, то вони утворюють нову – особисту – форму власності» [8], а В. Іноземцев вказував що «власність людини на знання і інформацію віддаляє її від безпосередньої участі у виробництві через автоматизацію, інформатизацію останнього ... людина обслуговує виробництво своїм інтелектом» [9, с. 13]. Майже однакове за змістом припущення щодо

суспільної необхідності детального розгляду і врегулювання означеного питання було зроблено багатьма іншими дослідниками.

За іншою усталеною позицією інформаційне суспільство сприймається як засіб впливу на духовний світ людей і вважається здатним перебудовувати основи моральності. Звернемо увагу, що відповідні властивості ІКТ отримують не тільки схвальну оцінку та визначаються в якості пріоритетів суспільного розвитку, але й критикуються, обмежуються й забороняються. Так, у Модельному Законі СНД «Про захист дітей від інформацій, яка шкодить їх здоров'ю і розвитку» встановлено правові та організаційні основи державної політики і міжнародного співробітництва у сфері забезпечення інформаційної безпеки дітей з урахуванням загальноприйнятих принципів та норм міжнародного права, в тому числі закріплених у Конвенції ООН про права дитини і Модельному законі держав-учасниць СНД «Про основні гарантії прав дитини у державі», відповідно до яких формується система адміністративних, технічних, програмних та інших засобів недопущення дітей до інформації у доступний для дітей час або у доступних для відвідування дітьми громадських місцях [10]. Загалом слід відзначити, що як у науці, такі і в практиці сучасного державного управління більшість праць та рішень були скеровані намаганням «наздогнати» інші країни світу за кількісними показниками розвитку ІКТ, отже, були присвячені технічним або технологічним питанням інформатизації, побудові матеріальної основи інформаційного суспільства, тоді як їх «гуманітарні» складові (інформаційна культура, «корисна» інформація, знання тощо) майже не розглядалися. За таких умов розбудова інформаційного суспільства у тексті нормативно-правових актів пов'язувалася виключно з інформатизацією державних органів, органів освіти, охорони здоров'я тощо. Так, наприклад, в Указі Президента України «Про першочергові завдання щодо впровадження новітніх інформаційних технологій» розвиток в Україні інформаційного суспільства та впровадження новітніх ІКТ в усіх сферах суспільного життя було пов'язано лише із закупівлею техніки та програмного забезпечення для потреб державних органів [11].

Складний дуалістичний підхід до формування державної політики розбудови інформаційного суспільства відобразився у змісті Основних засад розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки [1], дія яких отримала друге життя в межах Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні до 2020 року. Так, у розділі II Закону вказано, що основним завданням розвитку інформаційного суспільства в Україні є сприяння кожній людині у можливостях на засадах широкого використання сучасних ІКТ створювати інформацію і знання, користуватися та обмінюватися ними, виробляти товари та надавати послуги, повною мірою реалізовуючи свій потенціал, підвищуючи якість свого життя і сприяючи сталому розвитку країни на основі цілей і принципів, проголошених ООН, Декларації принципів та Плану дій, напрацьованих на Всесвітніх зустрічах на вищому рівні з питань інформаційного суспільства та Постанови Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань з питань

розвитку інформаційного суспільства в Україні». При цьому, закріплюючи у розділі III Закону засади, на яких ґрунтується Національна політика розвитку інформаційного суспільства в Україні, законодавець вказує на забезпечення інформаційної безпеки, а викладаючи зміст Національної політики розвитку інформаційного суспільства в Україні, включає до нього вичерпний перелік заходів. [1]

На відміну від Закону України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», який був розроблений з урахуванням рішень Зустрічей, у Законі України «Про Національну програму інформатизації» термін «національна політика» не використовується. При цьому відповідно до ст. 2 вказаного Закону Національна програма інформатизації становить комплекс взаємопов'язаних окремих завдань (проектів) інформатизації, спрямованих на реалізацію державної політики та пріоритетних напрямів створення сучасної інформаційної інфраструктури України за рахунок концентрації та раціонального використання фінансових, матеріально-технічних та інших ресурсів, виробничого і науково-технічного потенціалу держави, а також координації діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій усіх форм власності і громадян у сфері інформатизації [12]. Також слід звернути увагу на те, що зміст державної політики у сфері інформатизації викладено в розділі III Закону України «Про Концепцію Національної програми інформатизації», згідно з положеннями якого остання формується як складова частина соціально-економічної політики держави в цілому і спрямовується на раціональне використання промислового та науково-технічного потенціалу, матеріально-технічних і фінансових ресурсів для створення сучасної інформаційної інфраструктури в інтересах вирішення комплексу поточних та перспективних завдань розвитку України як незалежної демократичної держави з ринковою економікою [13].

Щодо такого стану А. Марущак зазначав, що «в основу державної політики повинно бути покладене державне регулювання процесів інформатизації на основі поєднання принципів централізації і децентралізації, саморозвитку, самофінансування та самоокупності, державної підтримки через систему пільг, кредитів, прямого бюджетного фінансування» [14, с. 45]. При цьому, розкриваючи структуру державної політики інформатизації, вказаний автор в основному зосереджувався на фінансових та організаційних питаннях, відносячи до її складових бюджетну політику, спрямовану на реалізацію загальнодержавних проектів інформатизації, державну політику реформування власності, політику підтримки малих та середніх підприємств у сфері інформатизації, політику розвитку національної інфраструктури, державну інвестиційну політику у сфері інформатизації, антимонопольну політику.

За позицією І. Арістової, існуюча політика держави в інформаційній сфері спрямована як на її розвиток безпосередньо, так і на підвищення з її допомогою ефективності розвитку державності, безпеки, оборони, пріоритетних галузей економіки, фінансової та грошової системи, соціальної

сфери, галузей екології та використання природних ресурсів, науки, освіти і культури, міжнародного співробітництва [15, с. 44–45]. Вбачається, що відсутність законодавчого визначення понять «інформаційна сфера» та «інформаційне суспільство» дозволила їх подібне використання в сучасній правовій науці як майже синонімічних за змістом.

У зв'язку з викладеним «вузьке» тлумачення поняття «інформаційна сфера» є обґрунтованим виключно з огляду на зміст Концепції Національної програми інформатизації, самої Національної програми інформатизації та низки пов'язаних з ними підзаконних актів, зокрема Указу Президента України «Про заходи щодо забезпечення інформаційної безпеки держави» (втратив чинність) [16]. При цьому твердження, що «відповідна державна політика проводиться ... щодо підтримки розвитку саме інформаційної сфери – сфери засобів масової інформації, сфери науково-технічної інформації, видавничої справи та реклами, сфери статистики, сфери бібліотечної та архівної справи, сфери інформатики та обчислювальної техніки тощо» [15, с. 45], є обґрунтованим лише у разі закріплення в законодавстві визначення інформаційної діяльності держави та вичерпного переліку сфер (галузей), в яких ця діяльність провадиться. Враховуючи, що такий підхід був використаний лише в Законі України «Про інформацію» в редакції 1992 року, а його чинна редакція такого визначення не надає, вважаємо, що зазначене та подібні твердження необхідно переглянути.

Висновки і перспективи подальших досліджень. За період із набуття чинності Закону України «Про доступ до публічної інформації», викладення у новій редакції Закону України «Про інформацію» до утворення Міністерства інформаційної політики державна політика інформатизації отримала складну структуру, яка поступово має трансформуватися у зміст національної електронної стратегії та її «відповідник» – Національну політику розвитку інформаційного суспільства в Україні. За таких умов подальше здійснення Національної програми інформатизації відповідно до схваленої Концепції необхідно припинити з метою оновлення останньої.

Подальші дослідження зазначеної проблеми потрібно проводити з урахуванням того, що рівень розвитку ІКТ, особливо у недержавному (приватному) секторі, вже досягнув рівня, визначеного Концепцією Національної програми інформатизації, й має в подальшому забезпечуватися механізмами публічно-приватного партнерства та іншими механізмами, рекомендованими учасниками Зустрічей (Розділ D. «Упровадження і наступна діяльність» Туніської програми для інформаційного суспільства).

Література

1. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки : Закон України від 09.01.2007 № 537-V [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=537-16.
2. Негодаев И.А. На путях к информационному обществу / И.А. Негодаев [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lib.socio.msu.ru/l/library?e=d-000-00---001ucheb--00-0-0-0prompt-10---4----stx--0-1l--1-ru-50---20-about-%e0--00031-001-1-0windowsZz-1251-00&cl=CL1&d=HASH833c885b705b34082e7944.4&x=1.

3. Резолюція 90-го пленарного засідання Генеральної асамблеї від 21 грудня 2001 року № 56/183 «Всесвітня зустріч на вищому рівні з питань інформаційного суспільства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://informationsociety.files.wordpress.com/2006/11/56_183_unga_2002-ru.pdf.
4. Женевська Декларація принципів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://informationsociety.wordpress.com/basics/wsis_outcomes/dp/.
5. Женевський План дій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://informationsociety.wordpress.com/basics/wsis_outcomes/pd/.
6. Туніська програма для інформаційного суспільства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://informationsociety.wordpress.com/basics/wsis_outcomes/tp/ .
7. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Законодавче забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні» : Постанова Верховної Ради України від 03.07.2014 № 1565-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1565-18.
8. Мелюхин И.С. Информационное общество: истоки, проблемы, тенденции развития / И.С. Мелюхин ; МГУ им. М.В. Ломоносова. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1999. – 208 с.
9. Иноземцев В.Л. Личное против частного? (Размышления о путях трансформации отношений собственности) / В.Л. Иноземцев // Общество и экономика. 1997. – № 9–10.
10. Модельный закон о защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_m85&p=1319615331579350.
11. Про першочергові завдання щодо впровадження новітніх інформаційних технологій : Указ Президента України від 20.10.2005 № 1497/2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1497%2F2005.
12. Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 № 74/98-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=74%2F98-%E2%F0
13. Про Концепцію Національної програми інформатизації : Закон України від 04.02.1998 № 75/98-ВР [Електронний ресурс/ – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=75%2F98-%E2%F0&p=1322647315244388.
14. Марущак А.І. Інформаційне право: правове регулювання інформаційної діяльності : [навчальний посібник] / А.І. Марущак. – К. : Видавничий дім «Скіф», КНТ, 2008. – 344с.
15. Арістова І.В. Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади: дис. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право»/ Ірина Василівна Арістова. – Х., 2002. – 408 с.
16. Про заходи щодо забезпечення інформаційної безпеки держави : Указ Президента України від 18.09.2002 № 836/2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=836%2F2002.

Анотація

Комісаров О. Г. **Проблеми та перспективи запровадження національної політики розвитку інформаційного суспільства.** – Стаття.

Запропоновано алгоритм визначення сутності та змісту національної політики розвитку інформаційного суспільства. Розглянуто її призначення. Визначено сучасні проблеми та перспективи її запровадження з огляду на стратегічні рішення держави в інформаційній сфері.

Ключові слова: інформація, інформаційне суспільство, національна політика.

Аннотация

Комиссаров А. Г. **Проблемы и перспективы внедрения национальной политики развития информационного общества.** – Статья.

Предложен алгоритм определения сущности и содержания национальной политики развития информационного общества. Рассмотрено ее назначение. Определены современные проблемы и перспективы ее внедрения с учетом стратегических решений государства в информационной сфере.

Ключевые слова: информация, информационное общество, национальная политика.

Summary

Komisarov A. G. **Problems and prospects of introduction of national policy of development of informative society.** – Article.

The algorithm of decision of essence and maintenance of national policy of development of informative society is offered. Its setting is considered. Modern problems and prospects of its introduction are certain taking into account the strategic decisions of the state in an informative sphere.

Key words: information, informative society, national policy.

УДК 342.5

І. Є. Словська

УКРАЇНСЬКИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ: СУТНІСНА ТА СТРУКТУРНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Постановка проблеми. Нині проблеми вітчизняного конституціоналізму є надзвичайно актуальними, оскільки важливо віднайти ціннісні критерії еволюції політико-правової організації держави. Пошук політичних, соціально-економічних, культурних та інших об'єктивних і суб'єктивних гарантій гідного розвитку людини та громадянина є віддзеркаленням поступального, еволюційного конституційного процесу. Складні, кризові історичні умови становлення Української держави зумовлюють потребу виявити та проаналізувати основні тенденції функціонування держави й суспільства в правовому полі.

Стан дослідження. Під час підготовки статті були використані праці таких авторів, як І.А. Алебастрова, В.С. Журавський, В.Ф. Погорілко, Ю.М. Тодика, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко та ін. Безперечно, наукових джерел, присвячених проблемі конституціоналізму, які потребують прискіпливого аналізу, значно більше.

Постановка завдання. Метою статті є проведення науково-теоретичного дослідження українського конституціоналізму, його сутнісних і структурних характеристик.

Виклад основного матеріалу. Конституціоналізм – це політико-правова категорія, яка опосередковує місце й роль Конституції України в правовій системі, суспільстві й державі, що знаходять вияв у її верховенстві й характері впливу на суспільні відносини. Повне уявлення про конституціоналізм об'єктивно можливе за умов його визначення за суттю, змістом і формою (формами).

За своєю суттю конституціоналізм є роллю й місцем чинної Конституції України як Основного Закону й акта найвищої юридичної сили в правовій системі держави. Тобто конституціоналізм за своєю суттю – це насамперед верховенство Конституції України. Найбільш повно суть конституціоналізму виявляється в ролі й місці Конституції України в правовій системі. Конституція є не лише актом найвищої юридичної сили, що обумовлює

© Словська І. Є., 2014

певну ієрархію правових норм і нормативно-правових актів, а також Основним Законом (основним актом) держави, тобто нормативно-правовою основою всіх нормативно-правових актів як джерел права, усіх галузей та інститутів національного права [1, с. 81–82].

Конституціоналізм за своєю суттю не обмежується впливом Конституції України на правову систему. Він визначає вплив Конституції України на політику, економіку, соціальну й духовну сфери. Отже, конституціоналізм за суттю – це й конституційність внутрішньої й зовнішньої політики держави; конституційність політичної, економічної, соціальної та духовної (культурної) систем. Загальновідомо, що Основний Закон є породженням сучасної держави й еволюціонує разом із відповідними процесами, які відбуваються в соціумі. Конституційні зміни зазвичай стосуються винятково державного апарату та свідчать про мінливу політичну кон'юнктуру, а не динаміку об'єктивного суспільного інтересу [2, с. 829].

За змістом конституціоналізм опосередковує нормативні положення про основні засади конституційного ладу, основні права та свободи людини й громадянина, безпосереднє народовладдя, організацію та здійснення державної влади й місцевого самоврядування, територіальний устрій держави тощо. Конституціоналізм за своїм змістом опосередковує насамперед проголошений і гарантований Конституцією України суверенітет народу й держави, визнання народу єдиним джерелом влади в державі й можливості її здійснення як безпосередньо, так і через органи державної влади й органи місцевого самоврядування.

Водночас конституціоналізм за своїм змістом – це й передбачена Конституцією України організація державної влади як певний порядок і здійснення її шляхом поділу на законодавчу, виконавчу та судову, а також встановлення певних меж, відомих під назвою стримань і противаг [3, с. 135–136].

Конституціоналізм опосередковує не лише норми найвищої юридичної сили й передбачені ними інститути, а й їх реалізацію. Тобто зміст конституціоналізму – це не лише положення Конституції України про права та свободи людини й громадянина та їх гарантії, а й реалізацію; не лише система органів публічної влади, а і їх діяльність. Отже, конституціоналізм опосередковує як Конституцію України, так і її реалізацію й передбачений нею реальний конституційний лад.

За формою конституціоналізм є насамперед структурою Конституції України як джерела права, а також системою передбачених і гарантованих Конституцією України, конституційним законодавством організаційних і правових форм народовладдя, здійснення державної влади й місцевого самоврядування [3, с. 136–137].

Конституція України за своєю формою, як правило, є єдиним нормативно-правовим актом найвищої юридичної сили.

Серед організаційних форм безпосереднього народовладдя пріоритетними й головними конституційними формами є вибори й референдуми. Крім того, передбачено низку інших конституційних форм безпосереднього на-

родовладдя, наприклад мирні збори, мітинги, походи й демонстрації тощо. Основними організаційними формами представницької демократії, зокрема парламентської, є сесії й засідання парламенту. Конституційно-правовими формами (актами) діяльності органів державної влади є, наприклад, згідно з Конституцією України, такі: Конституція України, закони України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, рішення й висновки Конституційного Суду України, рішення й вироки судів загальної юрисдикції тощо.

Конституціоналізм за своєю формою – це також порядок прийняття конституції й інших конституційно-правових актів і внесення до них змін шляхом волевиявлення народу або держави від імені народу. Отже, конституціоналізм за своєю формою є насамперед вид, форма конституції, передбачені нею організаційні та правові форми її реалізації, дії й порядок внесення до неї змін.

Звичайно, конституціоналізм опосередковує як нормативно-правові явища, так і вчення про Конституцію України, систему знань у галузі Конституції України, а також правову політику, ідеологію тощо. Відповідно, конституціоналізм у широкому розумінні можна визначити також як вчення про Конституцію України, напрям у правовій політиці держави й ідеологію суспільства.

Отже, конституціоналізм є складним системним утворенням із властивими йому структурними й функціональними характеристиками.

Найбільш детально, вважаємо, тлумачення дефініції «конституціоналізм» розкривається через з'ясування окремих складових цієї багатогранної політико-правової категорії. Систему українського конституціоналізму формують такі елементи:

1) чинна Конституція України як нормативно-правовий акт, тобто нормативно-правові основи українського конституціоналізму;

2) теорія Конституції України, тобто вчення про Конституцію України як наукові основи українського конституціоналізму;

3) історія Конституції України, її становлення й розвиток, тобто історичні основи українського конституціоналізму;

4) ідеологія Конституції України – ідеологічні основи українського конституціоналізму;

5) конституційний лад України – організаційні основи українського конституціоналізму.

Пріоритетним елементом системи конституціоналізму є, звичайно, конституція як нормативно-правовий акт найвищої юридичної сили. Цей документ регулює найважливіші суспільні відносини (основні засади устрою держави й суспільства, систему та структуру державної влади й місцевого самоврядування, основи правового статусу особи, територіальний устрій держави [4, с. 56]) і має особливий порядок прийняття та внесення до нього змін.

Першочергове значення для характеристики конституції та, відповідно, системи конституціоналізму кожної держави має порядок прийняття

конституції. Конституції за порядком їх прийняття поділяються на кілька видів, а саме: даровані, договірні й демократичні. У свою чергу демократичні поділяються на такі: 1) конституції, прийняті народом; 2) конституції, прийняті конституантами (спеціально утворюваними органами); 3) конституції, прийняті парламентами [3, с. 131–132]. Конституція України як пріоритетна складова системи українського конституціоналізму за порядком прийняття є дійсно демократичною конституцією, оскільки, як відомо, вона була прийнята парламентом України 28 червня 1996 р. Надалі порядок прийняття конституції чинною Конституцією України не визначено, проте це треба розуміти як визнання природного права Українського народу приймати конституцію, оскільки він має виключне право встановлювати та змінювати конституційний лад.

Порядок внесення змін до чинної Конституції України має подвійний характер. Зміни до розділів I, III і XIII Конституції України вносяться парламентом України (не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України) і затверджуються всеукраїнським референдумом (ст. 156 Конституції України). Законопроект про внесення змін до інших розділів Конституції України може бути поданий до Верховної Ради України Президентом України або не менш як третиною народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. Він розглядається протягом двох сесій (ст. 155 Конституції України), що свідчить у цілому про демократизм порядку внесення змін до Основного Закону.

Головними ознаками Конституції України та системи конституціоналізму є, звичайно, структура й функції Конституції України. За своєю структурою Конституція України має класичний характер. Вона поділяється на три частини: преамбулу (вступну частину), основну частину й заключні та перехідні (тимчасові) положення. Вступна частина має традиційно концептуальний характер, у ній визначаються підстави прийняття Конституції України, її мета, завдання, а також подається її загальна характеристика. Є достатні підстави стверджувати, що преамбула Конституції України відразу «піднімає» Основний Закон та український конституціоналізм на сучасний, фактично найвищий, рівень. Зокрема, у преамбулі щодо мети Конституції України зазначається: Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей – приймає цю Конституцію, дбаючи насамперед про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя, піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України, прагнучи розвивати та зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу, а це є, як відомо, вищими цілями суспільства й держави, основними складовими української національної ідеї.

Якнайкраще чинну Конституцію України й український конституціоналізм характеризує, звичайно, основна частина Конституції України. Вона складається з тринадцяти розділів і 159 статей. Вони визначають загальні засади (розділ I), права, свободи й обов'язки людини та громадянина (розділ II), тобто конституційно-правовий статус людини та громадянина в

Україні; вибори й референдуми (розділ III), тобто основні форми безпосереднього народовладдя; організацію державної влади, місцевого самоврядування, територіальний устрій (розділи IV–XII) і порядок внесення змін до Конституції України (розділ XIII) [4, с. 59–60].

Пріоритетним елементом основної частини Конституції України є її розділ «Загальні засади», тобто основи конституційного ладу. Конституційний лад являє собою систему суспільних відносин, передбачених і гарантованих Конституцією України й законами, прийнятими на її основі й відповідно до неї [3, с. 135]. Складовими основ конституційного ладу є насамперед його загальні принципи (суверенності, принципи демократизму, гуманізму, наукової обґрунтованості, історизму, програмності та гарантованості конституційного ладу), система й основні гарантії.

Іншою складовою конституційного ладу є його система, тобто сукупність відносно самостійних складових елементів. Відповідно до суті та змісту чинної Конституції України основними складовими конституційного ладу є такі: державний і суспільний лад, система безпосереднього народовладдя, організація державної влади й місцевого самоврядування, політичні об'єднання громадян. Складові системи конституційного ладу опосередковують собою, як правило, відносно самостійні інститути політичної влади: владу народу, державну владу, місцеву публічну владу (місцеве самоврядування) і корпоративну політичну владу, властиву політичним партіям.

Гарантії конституційного ладу поділяються на організаційно-правові (державні й недержавні), нормативно-правові, міжнародно-правові [3, с. 135, 44–145] та інші гарантії (політичні, економічні, соціальні, духовні, інформаційні тощо).

«Обличчям» кожної конституції, образно кажучи, є розділи, присвячені правам і свободам людини та громадянина. У Конституції України такий розділ є не лише одним із перших (II), а й одним із найбільших за кількістю статей (48 статей). Як пріоритетні права та свободи в Конституції України проголошуються громадянські, політичні права та свободи, істотно розширюється коло економічних прав, серед яких декларуються, зокрема, право приватної власності (ст. 41), право на підприємницьку діяльність (ст. 42) та ін.

Майже половина статей Конституції України присвячена органам державної влади (65 статей) і місцевому самоврядуванню (8 статей), оскільки регулювання відповідних відносин є головним призначенням Основного Закону. Чинна Конституція України послідовно провела ідею поділу влади на законодавчу, виконавчу й судову та передбачила систему стримувань і противаг. Конституція України визначила Верховну Раду України як парламент України та єдиний орган законодавчої влади; передбачила в механізмі державної влади такі інститути, як Президент України, Конституційний Суд України та ін.

Чинна Конституція України вперше визначила й гарантувала місцеве самоврядування. Зокрема, суб'єктами місцевого самоврядування визнані

не лише ради – представницькі органи – та їх виконавчі органи, які існували й раніше як місцеві органи державної влади, а й територіальні громади, сільські, селищні, міські голови, а також органи самоорганізації населення.

Прикінцеві й перехідні положення відіграли свою позитивну роль і після закінчення п'яти років із часу набрання чинності Конституцією України та в більшості припинили дію. Це стосується, зокрема, тимчасових повноважень Верховної Ради України, повноважень Конституційного Суду України й системи судів загальної юрисдикції, статусу голів місцевих державних адміністрацій, а також повноважень органів місцевого самоврядування. Ці й інші перехідні положення об'єктивно сприяли поступовому набранню чинності Конституцією України й утвердженню нового конституційного ладу.

Іншим основним елементом системи українського конституціоналізму є теорія конституціоналізму, тобто вчення про конституцію (наукові основи конституціоналізму).

Основними складовими теорії конституціоналізму є такі:

1) досягнення зарубіжної наукової думки про конституцію й конституціоналізм, суверенітет народу й держави, правову, соціальну, демократичну державу, права й свободи людини та громадянина, форми безпосереднього народовладдя, поділ державної влади, парламентаризм, інститут президентства, конституційну юстицію, місцеве самоврядування тощо [5, с. 53–57; 6, с. 16–158];

2) вчення вітчизняних мислителів минулих часів про конституцію, суверенну, самостійну, незалежну, соборну, унітарну українську державу, державний лад України, її державний устрій, форму правління тощо. Це насамперед ідеї М.С. Грушевського та І.Я. Франка – провідників української національної ідеї, а також ідеї М.П. Драгоманова, Г. Андрузького, Б.О. Кістяківського, С.С. Дністрянського й інших українських конституціоналістів щодо суспільного й державного ладу України, прав і свобод людини та громадянина, народного представництва, парламентаризму, правосуддя, державного управління, місцевого самоврядування й особливо державного устрою: суверенність чи автономія України в складі Росії, унітарність чи федерація України;

3) сучасні ідеї й концепції українського конституціоналізму – ідеї про конституційний лад України, права та свободи людини й громадянина, вибори й референдуми, органи державної влади, насамперед про український парламентаризм, інститут Президента України, конституційну юстицію, місцеве самоврядування тощо [3, с. 142–143].

Складовими теорії українського конституціоналізму є також ідеї суміжних галузей права та споріднених соціогуманітарних наук: філософії, історії, політології, соціології та ін.

Центральним елементом системи українського конституціоналізму є його історія. Основними складовими історії конституціоналізму є такі: 1) передумови, витоки становлення й розвитку українського конституціона-

лізму, зокрема вітчизняні й зарубіжні політико-правові вчення, практика конституційного будівництва, а також інші правові, політичні, економічні, соціальні, духовні фактори; 2) основні етапи, найхарактерніші тенденції, напрями й форми становлення та розвитку українського конституціоналізму; 3) наслідки, результати, досягнення в становленні й розвитку українського конституціоналізму.

Складовою українського конституціоналізму є також його ідеологічні основи, роль яких постійно зростає. Ідеологія – це система правових ідей, поглядів, понять, теорій, заснованих на певних наукових і політичних знаннях та уявленнях, яка має на меті вплив на формування й розвиток правової, політичної й моральної культури [7, с. 659].

Звичайно, ставлення до Конституції України залежить значною мірою й від того, ким і як вона приймається. У преамбулі Конституції України, як у її, власне, концептуальній, ідеологічній частині, зазначається: Верховна Рада приймає Конституцію України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, виражаючи суверенну волю народу та спираючись на багатовікову історію українського державотворення, на основі здійснення українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення. Водночас у нормативній частині Основного Закону наголошується, що носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні є народ (ст. 5), що об'єктивно зумовлює відповідне ставлення до нього держави, органів державної влади, службових і посадових осіб і кожного громадянина України. Сутність цього положення насамперед полягає в тому, що нехтувати волею народу ніхто й ніколи не має права.

Конституція України орієнтує на те, що держава повинна не лише шанувати народ, а й дбати про його благо. Зокрема, у Конституції України зазначається, що держава сприяє консолідації й розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної й релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (ст. 11); Україна дбає про задоволення національно-культурних і мовних потреб українців, які проживають за межами держави (ст. 12). Обов'язком держави проголошується також забезпечення екологічної безпеки й підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи, що набула планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу (ст. 16).

Серцевиною ідеології українського конституціоналізму є національна ідея державотворення. Втілюючи її в життя, чинна Конституція України проголошує українську державу суверенною й незалежною, демократичною, соціальною, правовою, яка є за формою унітарною республікою, тобто соборною, самостійною, вільною, демократичною (ст. ст. 1, 2 Конституції України).

Органічною складовою українського конституціоналізму є також існуючий конституційний лад, тобто система суспільних відносин, вста-

новлених на основі та відповідно до Конституції України. Його основними складовими є державний і суспільний лад України. Державний лад країни як організація й діяльність держави у свою чергу є складним явищем, до якого входять насамперед принципи державного ладу, функції, механізм, форми держави та гарантії державного ладу. Серед пріоритетних елементів суспільного ладу є політична система (політичний лад), економічна система (економічний лад), соціальна система (соціальний лад) і культурна, духовна система суспільства (духовний лад) [3, с. 156–166, 188].

Висновки. Аналіз сутнісних і структурних характеристик українського конституціоналізму являє науковий і практичний інтерес з огляду на необхідність попередження та врегулювання прорахунків державного будівництва, визначення можливих механізмів забезпечення державної єдності. Лише у взаємодії реалізація всіх складових системи українського конституціоналізму дозволить сформувати єдиний державно-правовий простір на засадах демократичності, легальності й легітимності.

Література

1. Тодика Ю.М. Конституція України – Основний Закон держави і суспільства : [навчальний посібник] / Ю.М. Тодика. – Х. : Факт, 2001. – 382 с.
2. Шаповал В.Н. Фактор конституции в постсоветской стране: из опыта Украины / В.Н. Шаповал // Проблемы методологии правовых научных исследований и экспертиз : материалы XI междунар. науч.-практ. конф. (г. Москва, 2–3 декабря 2010 г.) : в 2-х т. / Юридический ф-т МГУ им. М.В. Ломоносова. – М. : Юрист, 2011. – Т. 1. – Вып. 11. – С. 829–833.
3. Конституційне право України / за ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Наукова думка, 1999. – 373 с.
4. Конституційне право України : [підручник] / за ред. Ю.М. Тодики, В.С. Журавського. – К. : Ін Юре, 2002. – 544 с.
5. Верховенство права : [сборник] / Дж.Н. Мур и др. ; ред. А.А. Куликов. – пер. с англ. – М. : Прогресс-Универс, 1992. – 213 с.
6. Алебастрова И.А. Основы американского конституционализма / И.А. Алебастрова. – М. : Юриспруденция, 2001. – 160 с.
7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998–2004. – Т. 2 : Д – Й. – 1990. – 744 с.

Анотація

Словська І. Є. **Український конституціоналізм: сутнісна та структурна характеристика.** – Стаття.

Автор характеризує поняття й сутнісні ознаки українського конституціоналізму, презентуючи власну дефініцію досліджуваного терміна. Підсумовано, що повне уявлення про конституціоналізм об'єктивно можливе за умов його визначення за суттю, змістом і формою (формами). Систему українського конституціоналізму складають чинна Конституція України як нормативно-правовий акт, теорія, історія, ідеологія Конституції України й існуючий конституційний лад, тобто нормативно-правові, наукові, історичні, ідеологічні й організаційні основи конституціоналізму.

Ключові слова: конституціоналізм, система конституціоналізму, конституціоналізм за суттю, конституціоналізм за змістом, конституціоналізм за формою.

Аннотация

Словская И. Е. **Украинский конституционализм: сущностная и структурная характеристика.** – Статья.

Автор характеризует понятие и сущностные признаки украинского конституционализма, презентуя собственную дефиницию исследуемого термина. Просуммировано, что полное представление о конституционализме объективно возможно при условиях его определения по сути, содержанию и форме. Систему украинского конституционализма составляют действующая Конституция Украины как нормативно правовой акт, теория, история, идеология Конституции Украины и существующий конституционный строй, то есть нормативно-правовые, научные, исторические, идеологические и организационные основы конституционализма.

Ключевые слова: конституционализм, система конституционализма, конституционализм по сути, конституционализм по содержанию, конституционализм по форме.

Summary

Slovska I. E. **Ukrainian constitutionalism: the essential and structural characteristics.** – Article.

The author describes the concept and essential features of Ukrainian constitutionalism, presenting its own definition of the term of the test. Summed that full understanding of constitutionalism objectively possible under the conditions of its determination in fact, content and form. System of Ukrainian constitutionalism constitutes the current Constitution of Ukraine as a normative legal act, theory, history, ideology of the Constitution and the existing constitutional order, that is the legal, scientific, historical, ideological and organizational foundations of constitutionalism.

Key words: constitutionalism, constitutionalism system, constitutionalism in fact, constitutionalism in content, constitutionalism in form.

УДК 342.97

В. В. Сокуренко

ЗАКОНОДАВЧІ ОСНОВИ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ СФЕРИ ОБОРОНИ В УКРАЇНІ

Забезпечення національної безпеки, оборони суверенітету й територіальної цілісності країни є одним із пріоритетних напрямів державної політики, що досягається з використанням усіх сил, засобів, ресурсів держави. Водночас у її забезпеченні вирішальну роль відведено воєнному потенціалу країни, який формується переважно у військовому житті суспільства. Забезпечення нашої армії сучасною зброєю викликає сьогодні серйозну заклопотаність. Велика частина воєнного оснащення фізично й морально застаріла, при цьому не компенсується новими закупівлями. Визначення концептуальних засад державної політики у сфері оборони України повинне носити цілеспрямований, навіть вибірковий, точковий характер.

Загальні питання дослідження державної політики у сфері оборони частково знайшли своє відображення в працях О.М. Бандурки, І.І. Гавради, І.М. Іллінського, Д. Кілпатрік, Л. Пала, В.Д. Попова, В.Ф. Халіпова та інших учених.

У ст. 17 Конституції України визначено, що оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності покладаються на Збройні Сили України. Водночас ст. 107 Конституції України визначає, що Рада національної безпеки і оборони України є координаційним органом із питань національної безпеки й оборони при Президентові України. Рада національної безпеки і оборони України координує та контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони. Головою Ради національної безпеки і оборони України є Президент України. Персональний склад Ради національної безпеки і оборони України формує Президент України.

Закон України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» [1] визначає правові засади організації та здійснення демократичного цивільного контролю над Збройними Силами України й іншими утвореними згідно із законами України військовими формуваннями, а також над правоохоронними орга-

© Сокуренко В. В., 2014

нами держави. Визначено, що Воєнна організація держави – це охоплена єдиним керівництвом сукупність органів державної влади, військових формувань, утворених відповідно до Конституції України й законів України, діяльність яких перебуває під демократичним контролем суспільства та згідно з Конституцією й законами України безпосередньо спрямовується на вирішення завдань захисту інтересів держави від зовнішніх і внутрішніх загроз. Водночас у ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» [2] Воєнну організацію держави визначено як сукупність органів державної влади, військових формувань, утворених відповідно до законів України, діяльність яких перебуває під демократичним цивільним контролем із боку суспільства та безпосередньо спрямовується на захист національних інтересів України від зовнішніх і внутрішніх загроз. До основних елементів Воєнної організації України належать Верховна Рада України, Президент України, Рада національної безпеки і оборони України, Кабінет Міністрів України, Міністерство оборони України, Генеральний Штаб Збройних Сил України, інші військові формування, правоохоронні органи, інші центральні органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, окремі громадяни.

На нашу думку, правова регламентація цих положень зводить розуміння Воєнної організації держави до діяльності лише у сфері безпеки, при цьому залишаючи поза увагою сферу оборони, що є помилковим. Таким чином, з метою усунення правових колізій та узгодження нормативно-правових актів (Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» й Закону України «Про основи національної безпеки України») вважаємо за необхідне внести відповідні зміни до цих актів та викласти поняття «Воєнна організація держави» в такій редакції: «Воєнна організація держави – це сукупність органів публічної адміністрації, органів військового управління, інших військових формувань, спільна діяльність яких спрямовується на підготовку до військового захисту та організацію обороноздатності держави, а також система нормативно-правових актів (положення, статути), які визначають функції, права, обов'язки та взаємозв'язки елементів Воєнної організації держави».

Таким чином, пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 1 Закону України «Про оборону України» положеннями, що визначають поняття «Воєнна організація держави» з відповідним тлумаченням, запропонованим нами.

Виконання визначених законом завдань щодо контррозвідувального забезпечення економічного, інформаційного, науково-технічного потенціалу, оборонно-промислового й транспортного комплексів та їх об'єктів, національної системи зв'язку, Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань, військово-технічного співробітництва, дотримання міжнародних режимів нерозповсюдження, а також закордонних дипломатичних установ України та безпеки громадян України за кордоном регулюється Законом України «Про контррозвідувальну діяльність» [3].

У Законі України «Про державну таємницю» визначено, що державна таємниця – це вид таємної інформації, яка охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки й техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які в порядку, встановленому цим законом, визнані державною таємницею й підлягають охороні державою.

У ст. 8 Закону України «Про державну таємницю» визначено, що до державної таємниці належить така інформація у сфері оборони:

1) про зміст стратегічних та оперативних планів та інших документів бойового управління, підготовку й проведення військових операцій, стратегічне та мобілізаційне розгортання військ, а також про інші найважливіші показники, які характеризують організацію, чисельність, дислокацію, бойову й мобілізаційну готовність, бойову та іншу військову підготовку, озброєння й матеріально-технічне забезпечення Збройних Сил України та інших військових формувань;

2) про напрями розвитку окремих видів озброєння, військової та спеціальної техніки, їх кількість, тактико-технічні характеристики, організацію й технологію виробництва, наукові, науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи, пов'язані з розробленням нових зразків озброєння, військової та спеціальної техніки або їх модернізацією, а також про інші роботи, що плануються чи здійснюються в інтересах оборони країни;

3) про дислокацію, характеристики пунктів управління, зміст заходів загальнодержавного й регіонального, за необхідності також міського й районного рівня щодо приведення в готовність єдиної державної системи цивільного захисту населення та територій до виконання завдань в особливий період, про організацію системи зв'язку (оповіщення) в особливий період, можливості населених пунктів, регіонів та окремих об'єктів щодо евакуації, розосередження населення й забезпечення його життєдіяльності;

4) про забезпечення виробничої діяльності об'єктів національної економіки у воєнний час;

5) про геодезичні, гравіметричні, картографічні та гідрометеорологічні дані й характеристики, які мають значення для оборони країни.

Забезпечення громадського порядку, охорони життя, здоров'я, прав, свобод і законних інтересів громадян в умовах надзвичайного стану здійснюється силами й засобами органів Міністерства внутрішніх справ України, у тому числі Національної гвардії України, військ Цивільної оборони, Служби безпеки України, Військової служби правопорядку в Збройних Силах України відповідно до їх повноважень, встановлених Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» [4].

Закон України «Про правовий режим воєнного стану» [5] визначає зміст правового режиму воєнного стану та відповідальність за порушення вимог або невиконання заходів правового режиму воєнного стану. Зокрема, до заходів правового режиму воєнного стану належать такі: 1) запровадження трудової повинності для працездатних осіб, не залучених до роботи

в оборонній сфері та сфері забезпечення життєдіяльності населення, не заброньованих за підприємствами, установами й організаціями на період мобілізації та воєнного часу, з метою виконання робіт, що мають оборонний характер; 2) використання потужностей і трудових ресурсів підприємств, установ та організацій усіх форм власності для потреб оборони; 3) примусове відчуження або вилучення майна в юридичних і фізичних осіб для потреб оборони.

Закон України «Про Раду національної безпеки і оборони України» [6] визначає правові засади організації й діяльності Ради національної безпеки і оборони України, її склад, структуру, компетенцію та функції. Рада національної безпеки і оборони України відповідно до Конституції України є координаційним органом із питань національної безпеки й оборони при Президентові України.

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» Рада національної безпеки і оборони України виконує такі функції:

1) розробляє та розглядає на своїх засіданнях питання, які відповідно до Конституції й законів України, Стратегії національної безпеки України, Воєнної доктрини України належать до сфери національної безпеки й оборони, подає пропозиції Президентові України, приймає рішення щодо таких питань:

– визначення стратегічних національних інтересів України, концептуальних підходів і напрямів забезпечення національної безпеки й оборони в політичній, економічній, соціальній, воєнній, науково-технологічній, екологічній, інформаційній та інших сферах;

– проектів державних програм, доктрин, законів України, указів Президента України, директив Верховного Головнокомандувача Збройних Сил України, міжнародних договорів, інших нормативних актів і документів із питань національної безпеки й оборони;

– удосконалення системи забезпечення національної безпеки та організації оборони, утворення, реорганізації й ліквідації органів виконавчої влади в цій сфері;

– проекту Закону України про Державний бюджет України за статтями, пов'язаними із забезпеченням національної безпеки й оборони України;

– матеріального, фінансового, кадрового, організаційного та іншого забезпечення виконання заходів із питань національної безпеки й оборони;

– заходів політичного, економічного, соціального, воєнного, науково-технологічного, екологічного, інформаційного та іншого характеру відповідно до масштабу потенційних і реальних загроз національним інтересам України;

– доручень, пов'язаних із вивченням конкретних питань і здійсненням відповідних досліджень у сфері національної безпеки й оборони, органам виконавчої влади та науковим закладам України;

– залучення контрольних, інспекційних і наглядових органів, які функціонують у системі виконавчої влади, до здійснення контролю за своє-

часністю та якістю виконання прийнятих Радою національної безпеки і оборони України рішень, введених у дію указами Президента України;

– забезпечення контролю надходження й опрацювання необхідної інформації, її збереження, конфіденційності та використання в інтересах національної безпеки України, аналізу на її основі стану й тенденцій розвитку подій, що відбуваються в Україні та у світі, визначення потенційних і реальних загроз національним інтересам України;

– питань оголошення стану війни, загальної або часткової мобілізації, введення воєнного чи надзвичайного стану в Україні або окремих її місцевостях, оголошення в разі потреби окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації;

– невідкладних заходів із розв'язання кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці України;

2) координує виконання прийнятих Радою національної безпеки і оборони України рішень, введених у дію указами Президента України, здійснює поточний контроль діяльності органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони, подає Президентові України відповідні висновки та пропозиції;

3) залучає до аналізу інформації посадових осіб і фахівців органів виконавчої влади, державних установ, наукових закладів, підприємств та організацій усіх форм власності;

4) ініціює розроблення нормативних актів і документів із питань національної безпеки й оборони, узагальнює практику їх застосування та результати перевірок їх виконання;

5) координує та контролює переведення центральних і місцевих органів виконавчої влади, а також економіки країни на роботу в умовах воєнного чи надзвичайного стану;

6) координує й контролює діяльність органів місцевого самоврядування в межах наданих повноважень під час введення воєнного чи надзвичайного стану;

7) координує та контролює діяльність органів виконавчої влади щодо відбиття збройної агресії, організації захисту населення й забезпечення його життєдіяльності, охорони життя, здоров'я, конституційних прав, свобод і законних інтересів громадян, підтримання громадського порядку в умовах воєнного й надзвичайного стану та за виникнення кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці України;

8) координує й контролює діяльність органів виконавчої влади з протидії корупції, забезпечення громадської безпеки та боротьби зі злочинністю з питань національної безпеки й оборони.

Правові та економічні засади здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави й територіальної громади визначаються також Законом України «Про здійснення державних закупівель» [7]. Зокрема, цим актом передбачено, що генеральний замовник – це орган державної влади, державна, комунальна установа чи організація, визначені, відповідно, Кабінетом Міністрів України, Радою міністрів Авто-

номної Республіки Крим, місцевими державними адміністраціями або виконавчими органами місцевих рад, відповідальними за організацію й проведення процедур закупівель в інтересах замовників за рамковими угодами відповідно до цього закону. Водночас, беручи до уваги факт, що згідно з нормами чинного законодавства уповноваженим суб'єктом господарювання з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі є Державний концерн «Укроборонпром», а норми Закону України «Про здійснення державних закупівель» поширюються також на сферу оборони, цей орган може виступати також генеральним замовником під час здійснення державних закупівель із метою забезпечення оборонної сфери.

Саме тому, на нашу думку, з метою узгодження законодавства у сфері оборони вважаємо за необхідне внести зміни до абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» та викласти його в такій редакції: «Генеральний замовник – це орган державної влади, державна, комунальна установа чи організація, визначені, відповідно, Кабінетом Міністрів України, *уповноваженим суб'єктом господарювання з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі,* Радою міністрів Автономної Республіки Крим, місцевими державними адміністраціями або виконавчими органами місцевих рад, відповідальними за організацію та проведення процедур закупівель в інтересах замовників за рамковими угодами відповідно до цього закону».

Зокрема, Законом України «Про здійснення державних закупівель» визначено умови, за яких застосовується переговорна процедура державної закупівлі у сфері оборони: 1) за нагальної потреби в здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, які унеможливлюють дотримання замовниками строків для проведення процедур конкурсних торгів, а саме пов'язаних із негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій техногенного й природного характеру, з особливим періодом, якщо замовником виступає Міністерство оборони України, Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України, Національна гвардія України, Державна прикордонна служба України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, а також наданням у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам. Застосування переговорної процедури закупівлі в таких випадках здійснюється за рішенням замовника щодо кожної процедури; 2) у разі закупівлі юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України, у тому числі з метою захисту національної безпеки й оборони, під час урегулювання спорів, розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України на підставі рішення Кабінету Міністрів України або Ради національної безпеки і оборони України.

Питання, що стосуються регулювання діяльності, пов'язаної з державним контролем за міжнародними передачами товарів військового призна-

чення й подвійного використання, з метою забезпечення захисту національних інтересів України, дотримання нею міжнародних зобов'язань щодо нерозповсюдження зброї масового знищення, засобів її доставки, обмеження передач звичайних видів озброєння, а також здійснення заходів щодо недопущення використання зазначених товарів у терористичних та інших протиправних цілях визначаються Законом України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» [8].

Отже, норми загального законодавства врегульовують питання, що стосуються загальної організації оборони в Україні, порядку здійснення її матеріально-технічного забезпечення, основ запровадження Воєнної організації держави.

Базовим нормативно-правовим актом у сфері оборони є Закон України «Про оборону України», яким встановлюються засади оборони України, а також повноваження органів державної влади, основні функції й завдання органів військового управління, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, обов'язки підприємств, установ, організацій, посадових осіб, права та обов'язки громадян України у сфері оборони.

Водночас положення цього акта не позбавлені недоліків, наявність яких спричиняє колізії й прогалини в трактуванні норм законодавства, якими врегульовано сферу оборони. Звернемо увагу на деякі з них.

По-перше, відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про оборону України» та п. 3 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [9] діяльність органів місцевого самоврядування спрямовується на організацію та участь у здійсненні на відповідній території заходів, пов'язаних із мобілізаційною підготовкою, територіальною обороною та цивільним захистом. Водночас ч. 2 ст. 18 Закону України «Про оборону України» передбачає, що територіальну оборону на всій території України організовує Генеральний штаб Збройних Сил України, на території областей, у містах Києві та Севастополі – відповідно обласні, Київська й Севастопольська міські державні адміністрації в межах своїх повноважень. При цьому законодавець не включає до переліку компетентних суб'єктів організації територіальної оборони органи місцевого самоврядування. Саме тому з метою унормування чинного законодавства вважаємо за необхідне внести зміни до Закону України «Про оборону України» та викласти ч. 2 ст. 18 його в такій редакції: «*Територіальну оборону на всій території України організовує Генеральний штаб Збройних Сил України, на території областей, у містах Києві та Севастополі – відповідно обласні, Київська й Севастопольська міські державні адміністрації та органи місцевого самоврядування в межах своїх повноважень*».

По-друге, положеннями ст. 12 Закону України «Про оборону України» передбачається участь в обороні держави разом зі Збройними Силами України інших військових формувань, утворених відповідно до законів України. Діяльність та управління іншими військовими формуваннями, утвореними відповідно до законів України, і правоохоронними органами,

які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні держави, здійснюються згідно із законодавством. Водночас цим актом не визначається правовий статус таких утворень.

По-третє, ст. 17 Закону України «Про оборону України» визначає перелік прав та обов'язків громадян України у сфері оборони. Водночас проведення антитерористичної операції на сході України супроводжувалося створенням низки самоорганізованих добровольчих формувань для захисту суверенітету України, її територіальної цілісності й недоторканості. Більшість із них увійшли до складу чинних правоохоронних органів або військових формувань, однак поза структурою військових формувань і правоохоронних органів залишаються інші підрозділи (наприклад, батальйони ДУК «Правого сектору» (5-й і 8-й) та батальйон «ОУН»). Саме тому для врегулювання цього важливого й резонансного питання, а також для забезпечення громадянами України додаткових можливостей для виконання свого конституційного обов'язку, передбаченого ст. 65 Конституції України, в особливий період необхідно прийняти зміни до законодавства, які нададуть громадянам України можливість самостійно або через громадські організації утворювати на законодавчій основі збройні формування з метою захисту суверенітету й територіальної цілісності України. Пропонуємо доповнити ст. 17 Закону України «Про оборону України» ч. 7 такого змісту: *«Громадяни України на час дії особливого періоду можуть захищати суверенітет і територіальну цілісність України в складі військових формувань, утворених шляхом їх самоорганізації або створених громадськими організаціями»*.

По-четверте, потребують узгодження положення, що стосуються обов'язків виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у галузі оборонної роботи, зокрема, ст. 15 Закону України «Про оборону України» та ст. 36 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Наступними спеціальними нормативно-правовими актами, якими врегульовано особливості управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі, шляхи підвищення ефективності функціонування підприємств оборонно-промислового комплексу та забезпечення здійснення контролю за їх діяльністю, є Закон України «Про державне оборонне замовлення» та Закон України «Про особливості управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі». У ст. 4 Закону України «Про особливості управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі» визначено, що уповноваженим суб'єктом господарювання з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі є Державний концерн «Укроборонпром». До складу цього концерну входять державні підприємства оборонно-промислового комплексу, у тому числі казенні підприємства, на основі фінансової залежності від одного або групи учасників концерну, який виконує функції із забезпечення науково-технічного й виробничого розвитку, а також провадить інвестиційну, фінансову, зовнішньоекономічну та інші види діяльності.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про особливості управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі» Державний концерн «Укроборонпром» здійснює регулювання, контроль і координацію їх діяльності, а також виконує інші функції з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі у випадках, передбачених законодавством.

Зокрема, відповідно до п. 12 свого Статуту Державний концерн «Укроборонпром» має право брати участь у проектах і програмах, що передбачають розробку, виробництво й експорт високотехнологічної промислової продукції, створення системи продажу такої продукції. Крім того, згідно з п. 19 Статуту одним із предметів діяльності Державного концерну «Укроборонпром» визначено участь у виконанні державного оборонного замовлення [10]. Водночас на сьогодні Державний концерн «Укроборонпром», відповідно до чинної редакції Закону України «Про державне оборонне замовлення», не може виступати виконавцем державного оборонного замовлення. Крім того, згідно із чинною редакцією ст. 6 Закону України «Про державне оборонне замовлення» державні замовники погоджують із центральними органами виконавчої влади, до сфери управління яких належать підприємства оборонно-промислового комплексу, пропозиції щодо виконання робіт оборонного призначення з метою максимального використання науково-виробничого потенціалу підприємств оборонно-промислового комплексу України. Ця норма потребує узгодження з положеннями Закону України «Про особливості управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі», відповідно до якого уповноваженим суб'єктом з управління об'єктами державної власності в оборонно-промисловому комплексі є Державний концерн «Укроборонпром». Саме тому вважаємо за необхідне внести зміни до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державне оборонне замовлення».

Література

1. Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави : Закон України від 19 червня 2003 року № 975-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. № 46. – Ст. 366.
2. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 червня 2003 року № 964-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. № 39. – Ст. 351.
3. Про контррозвідувальну діяльність : Закон України від 26 грудня 2002 року № 374-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. № 12. Ст. 89.
4. Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 березня 2000 року № 1550-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. № 23. Ст. 176.
5. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 6 квітня 2000 року № 1647-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. № 28. Ст. 224.
6. Про Раду національної безпеки і оборони України : Закон України від 5 березня 1998 року № 183/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. № 35. Ст. 237.
7. Про здійснення державних закупівель : Закон України від 10 квітня 2014 року № 1197-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 24. Ст. 883.
8. Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання : Закон України від 20 лютого 2003 року № 549-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. № 23. Ст. 148.

9. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр.
10. Деякі питання Державного концерну «Укроборонпром» : затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 31 серпня 2011 року № 993 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua.

Анотація

Сокуренко В. В. **Законодавчі основи публічного адміністрування сфери оборони в Україні.** – Стаття.

У статті здійснено загальну характеристику законодавчих актів, якими врегульовано відносини у сфері оборони України. На основі здійсненого аналізу запропоновано зміни й доповнення до чинного законодавства.

Ключові слова: оборона, безпека, нормативно-правовий акт, адміністративно-правове регулювання.

Аннотация

Сокуренко В. В. **Законодательные основы публичного администрирования сферы обороны в Украине.** – Статья.

В статье проведена общая характеристика законодательных актов, которыми урегулированы отношения в сфере обороны Украины. На основе осуществленного анализа предложены изменения и дополнения к действующему законодательству.

Ключевые слова: оборона, безопасность, нормативно-правовой акт, административно-правовое регулирование.

Summary

Sokurenko V. V. **Legislative framework for public administration Ukraine's defense.** – Article.

In article provides a general description of legislation which regulated relations in the defense of Ukraine. Based on the analysis of proposed amendments to existing legislation.

Key words: defense, security, legal act, administrative and legal regulation.

УДК 349.6.001.32

І. І. Каракаш

ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ПРИРОДНІ ОБ'ЄКТИ ТА ЇХ РЕСУРСИ У ВИКЛЮЧНІЙ ФОРМІ: ІСТОРИКО-ЮРИДИЧНИЙ АСПЕКТ

Виключна форма права власності в цілому і права власності на природні об'єкти зокрема бере свій початок із Французького цивільного кодексу 1804 року або кодексу Наполеона, хоча сам термін «виключне право власності» в ньому не зустрічається. У ст. 544 зазначеного кодексу було закріплено положення про те, що «власністю є право користування і розпорядження речами найбільш абсолютним чином, з тим щоб користування не було таким, яке заборонено законами або регламентами» [1]. Таке формулювання визначення права власності мало на меті забезпечення найбільшої повноти права власності порівняно з іншими правами та закріплення його незалежності на противагу раніше залежному та ієрархічно підпорядкованому праву земельної власності, що мало місце до революції 1789 року [2]. Так, вже у Прусському земському уложенні 1794 року вказувалось на те, що «власником називається той, хто з власної влади уповноважений, особисто або через третіх осіб, розпоряджатися субстанцією речі або права з *виключенням* усіх інших», на «повну власність» як право «володіти річчю, вживати для своєї вигоди і відчужувати її», на можливість «усувати вплив на річ інших осіб» і т. п.

Аналогічні положення одержали своє закріплення і в Австрійському цивільному уложенні 1811 року, яке передбачало: «...все, що може забезпечити *виключне* користування, є предметом власності», право «довільно розпоряджатися субстанцією і вигодами речі та усувати від цього інших осіб» або «повне панування над річчю» тощо. При цьому «виключне» право власності закріплюється як повне, монопольне та абсолютне право володіння, користування і розпорядження земельними наділами, включаючи їх залишення (відмови від них), тобто дерелікціі земельної ділянки, на відміну від «підпорядкованого» права власності, де неповні власники також користувалися певними правами, але власник не мав вживати нічого такого, що суперечить правам іншого власника.

Певний інтерес викликає і вказівка на виключну власність у Зведенні Законів Російської імперії М.М. Сперанського. У ст. 262 Зведення Законів

© Каракаш І. І., 2014

1832 року, а у виданні 1914 року в ст. 420 передбачалось: «Хто був першим набувачем майна по законному закріпленню його у приватну приналежність, отримав владу у порядку, встановленому цивільними законами, *виключно і незалежно* від особи стороннього володіти, користуватися і розпоряджатися онним вічно і спадково, доки не передасть цієї влади іншому, або кому влада ця від першого набувача дійшла безпосередньо або через наступні передачі та закріплення, той має на це майно право власності» [3].

Однак у поділ права власності у дореволюційній Росії на «повну» і «неповну», що збереглось до радянського періоду, вкладався дещо інший зміст. Повним правом власності за російським законодавством визнавалася концентрація правомочностей володіння, користування і розпорядження в одній особі, а неповним – коли одна правомочність власника обмежувалася, тобто повному праву власності протистоїть не «підпорядковане», а «обмежене» право власності. Ці обмеження передбачалися або законом, або сам власник надавав певні правомочності стосовно свого майна третім особам. Вони мали місце і при примусовому позбавленні власника тих чи інших правомочностей.

Розуміння права власності як «виключного» і «незалежного» стало основою для його включення в легальні законодавчі визначення в розумінні «повного і виключного панування над річчю» і «повного і незалежного права власника від сторонніх осіб». Наполегливі позначення в законодавчих актах цілісності та неподільності права земельної власності вказівками на його виключний характер було спрямовано проти ще не подоланої розділеної власності на землю та її наслідків. Незалежність від сторонньої особи, писав професор В.Б. Ельяшевіч, знаменує собою історичне подолання залежності права на землю від держави. Будь-яка залежність, хоча б від держави, виключає право власності [4]. Вони послужили підставою для аналогічного трактування права виключної власності і в теоретичних формулюваннях. Так, професор Г.Ф. Шершеневич під виключністю і незалежністю права власності, по суті, розумів її абсолютний характер [5].

Найбільш повно право власності на природні об'єкти у виключній формі проявилося в радянський період. Адже земля, її надра, води і ліси досить тривалий час перебували у виключній державній власності. У правових дослідженнях минулих років [6] виникнення права виключної державної власності на природні об'єкти пов'язували з націоналізацією землі, проведеною на підставі декрету «Про землю», прийнятого на II-му Всеросійському з'їзді рад, тобто проголошеного не від імені офіційного державного органу, а оприлюдненого представницькою громадською організацією. Тим не менш ретельне ознайомлення зі змістом вказаного декрету не дає підстав для твердження про те, що в ньому згадується про державну власність на землю, не кажучи вже про її виключну форму. Немає в ньому і положень про націоналізацію землі, і тим більше про націоналізацію надр, вод і лісів. Отже, виведення права виключної державної власності на землю, надра, води і ліси, нібито сформованого на основі їх націоналізації декретом «Про

землю», є доктринальним, що базується на поясненні історичних фактів і юридичному тлумаченні правових актів у більш пізнішій період, але воно не випливає з його текстуального змісту.

Насправді, в декреті йдеться про негайне скасування поміщицької власності на землю без всілякого викупу, яка, рівно як і всі удільні, монастирські та церковні землі з усім живим і мертвим інвентарем, переходить у розпорядження волосних органів земельних комітетів і повітових рад селянських депутатів надалі до скликання Установчих зборів[1].

Незважаючи на рішення І Всеукраїнського з'їзду рад від 25 грудня 1917 року про визнання дії всіх декретів радянської влади на території України [9], декрет «Про землю» тут мав обмежене поширення на земельні відносини у зв'язку з перебуванням значної частини сучасної української території під окупацією і проблемами встановлення влади рад в Україні[2]. Тому роль декрету «Про землю» в регулюванні земельних відносин, націоналізації земельного фонду та встановленні права державної власності на землю в літературі радянського періоду явно перебільшувалася. Крім того, декрет «Про землю» носив характер декларації політичної партії, яка прийшла до влади, і виконував роль документа, що визнавав Селянський наказ у якості додатка до декрету. Таку ж обмежену дію на території України мали постанова РНК «Про перехід землі в розпорядження земельних комітетів» від 5 листопада 1917 року та положення «Про земельні комітети і регулювання ними сільськогосподарських відносин» від 4 грудня 1917 року.

Слід зазначити, що у цей період Центральна рада також була стурбована реформами земельних відносин і перетвореннями права власності на землю та інші природні багатства в Українській Народній Республіці.

---

[1] Загальновідомо, що Всеросійські Установчі збори, які розпочали свою роботу увечері 5 січня 1918 року, не визнали декрети Радянської влади, в т. ч. і декрет «Про землю», у зв'язку з чим, не завершивши своє засідання, вночі 6 січня були розпущені за розпорядженням начальника охорони Таврійського палацу матроса Желєзняка А.Г. з тієї причини, що «караул втомився». Проте мало відомо, що робота Установчих зборів була перервана якраз під час читання головою зборів В.М. Черновим «Проекту основного закону про землю», внесеного фракцією есерів. При цьому оголошена частина проекту земельного закону була прийнята Установчими зборами без обговорення. Легітимність цих положень основного земельного закону не була визнана органами Радянської влади у зв'язку з тим, що вони були прийняті без участі 175 депутатів від більшовиків і 40 делегатів від лівих есерів, які залишили Установчі збори і до яких наприкінці його роботи приєдналася група партії українських лівих есерів. Таким чином, з 705 обраних членів Установчих зборів у його роботі брали участь 397 депутатів, з яких щонайменше 215 депутатів не голосувало за наведену частина земельного закону. Див.: Всероссийское Учредительное собрание. Первый и единственный день его занятий (5-6 января 1918 года). Перепечатка стенографического отчёта, изданного по распоряжению Председателя Учредительного собрания. – Одесса, 1918. – С. 96-97.

2 Такий висновок підтверджується, наприклад, рішенням І Всеукраїнської конференції Рад селянських депутатів про затвердження в січні 1918 року окремого проекту декрету «Про землю», що передбачав не лише негайну конфіскацію поміщицьких земель, але і вилучення земельних надлишків у куркульства з їх зрівняльним розподілом між безземельними і малоземельними селянами, маніфестом Тимчасового робітничо-селянського уряду України, проголошеним у листопаді 1918 року, з вимогою негайної конфіскації всіх поміщицьких земель з усім живим і мертвим інвентарем та їх безоплатної передачі селянам, урядовою декларацією від 25 січня 1919 року про проведення земельної політики в інтересах трудового селянства та іншими актами, прийнятими в Україні в той період.

Так, у III-му Універсалі від 7 (20) листопада року 1917 року передбачалося: «Відтепер на території Української Народної Республіки скасовується право власності на землю поміщиків та інші землі нетрудових господарств сільськогосподарського призначення, а також на удільні, монастирські, кабінетні та церковні землі. Визнаючи, що ці землі є власністю трудового народу і мають передаватися йому без викупу, Центральна рада доручає Генеральному секретарю по земельних справах негайно розробити закон про те, як земельні комітети, обрані народом, повинні відати цими землями до скликання українських Установчих зборів» [10]. Але якщо цим Універсалом скасовувалося право власності на нетрудові земельні наділи поза містами, то IV-й Універсал від 9 січня 1918 року проголошував скасування приватної власності на землю і передачу її в руки трудового народу, вказуючи на те, що всі землі становлять багатство народу Української Народної Республіки, вилучення всіх земель здійснюється без викупу, верховне управління всіма землями до скликання українських Установчих зборів належить Центральній раді, а на місцях – місцевому самоврядуванню та земельним комітетам, ніяка плата за користування землею не повинна стягуватися [11] і т.п.

Суттєву роль у встановленні права державної власності на землю та інші природні ресурси зіграв декрет ВЦВК «Про соціалізацію землі». У ст. 1 цього декрету вже більш виразно говорилося про те, що «всяка власність на землю, надра, води, ліси і живі сили природи ... скасовується назавжди», а ст. 2 встановлювала, що «земля без будь-якого викупу (явного чи прихованого) відтепер переходить у користування всього трудового народу» [12]. Скасування «всякої власності на землю» мало означати і скасування державної земельної власності. Адже в той час соціалізація землі сприймалася як перехід землі у всенародне або спільне соціальне надбання, а не в державну власність. Тому положення декрету закладали основу для переходу до громадських і колективних форм землекористування, передбачали надання їм всілякої допомоги та підтримки, а також надання переваги перед індивідуально-приватними формами господарювання на землі. У подальшому ці положення отримали своє закріплення в Конституції РРФСР, прийнятої 10 липня 1918 року, в якій було записано: «У здійснення соціалізації землі приватна власність на землю скасовується, і весь земельний фонд оголошується загальнонародним надбанням і передається трудящим без усякого викупу, на засадах рівного землекористування. Усі ліси, надра і води загальнодержавного значення, а також увесь живий і мертвий інвентар, зразкові маєтки і сільськогосподарські підприємства оголошуються національним надбанням» [13].

Більш детальна регламентація умов і порядку надання земельних наділів у користування були передбачені у Положенні ВЦВК «Про соціалістичний землеустрій і заходи переходу до соціалістичного землеробства». У ньому встановлювалося, що «вся земля ... вважається єдиним державним фондом» [14], а також передбачалися деякі вимоги щодо використання надр, вод і лісів на основі права користування. Відповідно до нього Всеукраїнський ЦВК 26

травня 1919 року прийняв декрет «Про соціалістичний землеустрій і про перехідні заходи до соціалістичного землекористування» [15]. Він в основному відтворював зміст Положення про соціалістичний землеустрій і передбачав скасування приватної власності на землю та інші природні об'єкти, включення всієї землі в межах Української РСР в єдиний державний земельний фонд, порядок розподілу землі у трудове користування, перехід від одноосібних форм землекористування до колективних і т. д. Однак наведені положення не передбачалися в Конституції Української Народної Республіки [16].

Після звільнення території України від окупації та ліквідації відновлених у період гетьманщини і директорії поміщицьких землеволодінь, Всеукраїнським ревкомом було видано Положення про основні засади організації земельної справи в Україні [17], а в лютому 1920 року ним був схвалений спеціальний декрет «Про землю» [18], затверджений IV-м Всеукраїнським з'їздом рад [19]. Український декрет «Про землю» став основою для прийняття V-м Всеукраїнським з'їздом рад постанов «Про закріплення землекористування», «Про відновлення сільського господарства», «Про колективізацію сільськогосподарського виробництва» та «Про землеустрій». Проте жоден із наведених нормативних актів не вказує на виключне право земельної або іншої природноресурсової власності та підстави її виникнення.

Більш того, вже у цей час виникла гостра дискусія з приводу здійснюваних заходів та співвідношення «націоналізації і експропріації землі», «соціалізації і муніципалізації земельної власності», «зрівняльного і трудового землекористування», «безоплатної конфіскації або примусового викупу земель», скасування тільки приватної земельної власності і встановлення державної власності на землю або скасування всякої земельної власності та визнання нічийної «божої» власності на землю. Саме тоді було висловлена думка про те, що «загальнонародна або загальнодержавна власність на землю – це одне й те саме» [20], а у подальшому вона стала підставою для ототожнення понять «всенародне надбання» і «державна власність».

Цьому сприяли і вельми суперечливі та не завжди послідовні висловлювання В.І. Леніна з приводу націоналізації землі та інших природних багатств. Так, у дожовтневий період в одних випадках він стверджував, що «націоналізація означає передачу права отримувати ренту, а зовсім не самої землі. Чи означає це, що соціалісти хочуть відняти у дрібних селян їхню землю проти їх волі? Жоден розумний соціаліст ніколи не пропонував такої дурниці» [21], а в інших – «націоналізація є передача всієї землі у власність держави. Власність означає право на ренту і визначення державною владою загальних для всієї держави правил володіння та користування землею ... Якщо держава, про яку йдеться, дійсно демократична ..., то власність її на землю аніскільки не виключає, а навпаки, вимагає передачі розпорядження землею, в рамках загальнодержавних законів, місцевим та обласним органам самоврядування ... Детальні правила, що погоджуються з місцевими відмінностями, практичне відведення земель або розподіл ділянок між окремими особами, товариствами і т. д. – все це неминуче відходить до місцевих органів самоврядування» [22].

Проте після жовтневих подій основоположник радянської держави виступав проти муніципалізації природних ресурсів і вимагав націоналізації всіх земель, тобто «переходу всіх земель у державі у власність центральної державної влади» [23], а з іншого боку, він підкреслював, що «скасування приватної власності на землю є націоналізацією землі» [24]. Зокрема, з цього приводу В.І. Ленін писав: «Відразу, одним революційним ударом зроблено те, що взагалі можна зробити відразу: наприклад, скасована приватна власність на землю без винагороди великим власникам, експропрійовані великі власники землі» [25].

Безумовно, на цій основі пізніше була досягнута єдність земельного ладу в усій країні та однаковість правового режиму земель на всій території держави. Проте головний прихильник встановлення державної власності на землю та інші природні багатства в особі органів центральної державної влади не міг не усвідомлювати, що, відкидаючи європейський і американський шляхи розвитку земельної власності, по суті, обирає азіатський шлях їх закріплення та належності. На території ж України того періоду під впливом європейських соціально-економічних процесів сформувалося достатнє різноманіття форм права земельної власності та права власності на об'єкти, пов'язані із землею. Можливо, саме це стало причиною тривалої та запеклої боротьби за землю, неоднозначного підходу до вирішення земельного питання і деякого дистанціювання від форм і способів його розв'язання на території Російської федерації.

В юридичній літературі радянського періоду загальновизнаним було визначення права виключної державної власності на землю та інші природні об'єкти як такі, що належать тільки державі в межах усієї території країни, та неприпустимості виникнення на них права власності в інших суб'єктів права, крім держави. Безумовно, підставою його виникнення була націоналізація як примусове вилучення об'єктів власності у їх власників шляхом конфіскації, тобто безоплатного вилучення не у вигляді застосування санкції за конкретне правопорушення, а у формі соціальної експропріації та обертання природних багатств у народне надбання, що ототожнювалося з державною власністю. При цьому і конфіскація як примусове безоплатне вилучення поміщицьких земель з їх подальшим зрівняльним, трудовим і нормованим розподілом серед селянства, і експропріація як всезагальна соціальна міра вилучення об'єктів власності мали широке застосування у розглянутий період, і нерідко без достатніх на це правових підстав.

Однак право державної власності на землю ані в єдиній, ані у виключній формі в цей час ще не склалося. Про це свідчить зміст Земельного кодексу РРФСР [26], і особливо структура та зміст Земельного кодексу Української РСР [27]. Незважаючи на закріплення в ст. 1 останнього положення про те, що «право приватної власності на землю, надра, води і ліси в межах Української РСР скасовується назавжди», а в ст. 2 – про те, що «всі землі в межах Української РСР, в чиєму віданні вони не перебували, складають власність держави», все ж за ст. 3 Земельного кодексу Української РСР 1922 року тільки «всі землі сільськогосподарського призначення

складають єдиний державний земельний фонд, який перебуває в завідуванні Наркомзему та його місцевих органів».

Крім того, в ньому зберігалося трудове землекористування, трудова оренда землі, допоміжна наймана праця в землеробських господарствах, землекористування земельних товариств, садибне і лугове володіння земельними ділянками. Земельні розпорядки всередині міської межі за ст. 149 цього Земельного кодексу визначалися особливими узаконеннями, а дії земорганов на ці землі не поширювались, а за ст. 161 – в міру надання державних земельних володінь у постійне користування трудових хліборобів та їх об'єднань (у порядку наділення безземельних і малоземельних громадян, переселення та розселення) вони виключалися зі складу державних земельних володінь і зараховувались до складу земель трудового користування. Відсутність єдиної державної форми земельної власності підтверджується, наприклад, і змістом Договору про утворення Союзу РСР [28], в якому функції з регулювання земельних відносин союзною державою і союзними республіками були розмежовані. Таке положення про правове регулювання земельних відносин було закріплено і в першій Конституції Союзу РСР 1924 року [29].

Інакше відбувалося закріплення права державної власності на надра, ліси і води. Так, згідно з декретом РНК РРФСР «Про надра землі» [30] та положення ВЦВК «Про надра землі та їх розробки» [31] було розроблено і прийнято Гірниче положення Союзу РСР, що вводилося в дію з 9 листопада 1927 року [32] та поширювалося на всі союзні республіки. У подальшому воно стало основою для прийняття та введення в дію Гірничого кодексу Української РСР [33]. У зазначених та інших законодавчих актах розглянутого періоду передбачалося, що «землі, необхідні для потреб гірничої справи, належали до складу земель державних установ і підприємств» [34], тобто в них ще не відстежується закріплення права державної власності на надра землі у виключній формі.

На підставі декрету ВЦВК «Про ліси» [35], що увійшов в історію як «Основний закон про ліси», в Україні був прийнятий декрет РНК УСРР «Про націоналізацію всіх колишніх казенних, монастирських, міських і поміщицьких земель» від 8 квітня 1920 року, який проголосив передачу всіх лісів у державну власність [36]. У 1923 році Наркомземом республіки був розроблений проект Лісового кодексу Української РСР. Після розгляду і схвалення цього проекту Раднаркомом він був розісланий на місця для обговорення. У липні 1923 року ВУЦВК прийняв проект Лісового кодексу до розгляду, однак замість Лісового кодексу постановою ВУЦВК був затверджений Закон «Про ліси УСРР» [37], який за своїм регулятивним значенням тривалий час виконував функції Лісового кодексу. За ч. 1 ст. 1 цього Закону «усі ліси і землі, призначені на вирощування деревини й на потреби лісового господарства, відмежовані в установленому порядку від земель іншого призначення, становлять власність Робітничо-селянської держави та складають єдиний державний лісовий фонд» [38]. У подальшому наведене положення було розвинуто в постанові ВУЦВК «Про лісове господарство України» [39].

Кодифікований водний закон в Україні в цей період і узагальнений нормативний акт з регулювання водних відносин на союзному рівні не приймався [40]. Водні відносини регулювалися окремими урядовими постановами стосовно конкретних водних об'єктів. Проте якщо в законодавчих актах Союзу РСР ідеться про право власності на надра, ліси і води «радянської держави», то в розглянутих українських нормативно-правових актах вказується на право власності Української РСР в особі його уряду й урядових органів на місцях. Таким чином, можна стверджувати, що право державної власності на надра, ліси і води сформувалося саме в цей період, але воно ще не склалося у виключній формі.

Вперше право виключної державної власності на землю з'явилось у загальносоюзному законодавчому акті «Загальні засади землекористування і землеустрою» [41]. Так, у його ст. 1 передбачалося: «Основою земельного ладу Союзу РСР ... є націоналізація землі, тобто відміна назавжди приватної власності на землю і встановлення на неї виключної державної власності Союзу РСР». На цій основі з'являється один єдиний суб'єкт права власності на землю – Союз РСР в особі загальносоюзних органів влади й управління. Із цього моменту різко обмежуються земельні правомочності союзних республік і починається посилена централізація приналежності політико-правової влади на землю.

Єдиному суб'єкту права виключної державної власності відповідав і єдиний земельний фонд у межах Союзу РСР. А з прийняттям постанови ЦВК і РНК Союзу РСР «Про заходи щодо зміцнення соціалістичної перебудови сільського господарства в районах суцільної колективізації та боротьби з куркульством» [42] остаточно були ліквідовані особливості регулювання земельних відносин у союзних республіках. Зокрема, із Земельного кодексу Української РСР 1922 року було виключено трудове землекористування, трудова оренда землі, допоміжна наймана праця у трудових землеробських господарствах та інші ознаки залишків приватної земельної власності. Проте заради справедливості варто зазначити, що в Конституції Союзу РСР 1936 року [43], як і в Конституції Української РСР 1937 року [44], право державної власності на землю та інші природні об'єкти не було закріплено за державою у виключній формі.

Практиці радянського періоду відомі не тільки законодавчі акти щодо встановлення виключної державної власності на землю в загальносоюзному масштабі, а й окремі нормативні акти регіональної дії стосовно націоналізації земельних ресурсів та інших природних об'єктів. Так, приєднання південної частини Бессарабії до Української РСР супроводжувалося указом президії Верховної Ради Союзу РСР «Про відновлення на території Бессарабії дії радянських законів про націоналізацію землі» від 15 серпня 1940 року [45], який передбачав заходи про скасування права приватної власності на землю і встановлення на неї разом з надрами, водами і лісами державної власності. Указ «Про націоналізацію землі на території північної частини Буковини» від 15 серпня 1940 року [46] більш конкретно закріплював, «що вся земля з її надрами,

водами і лісами була оголошена державною власністю, тобто народним надбанням».

Іншими правовими ознаками володів указ президії Верховної Ради Союзу РСР «Про передачу Кримської області зі складу РРФСР до складу УРСР» від 1954 року [47], затверджений Законом Союзу РСР «Про передачу Кримської області зі складу РРФСР до складу Української РСР» [48]. Тут мало місце передача території, що раніше належала іншій союзній республіці, та приєднання земель разом з їх надрами, водами, лісами та іншими природними ресурсами. Оскільки така передача здійснювалась у межах єдиного суб'єкта права – Союзу РСР – і за єдиною формою власності на ці об'єкти, юридична природа права власності на них не змінювалася. Однак тут звертає на себе увагу те, що і приєднання частини території іншої держави до певної союзної республіки, і передача територіального простору і природних об'єктів однієї союзної республіки іншій здійснюється однаково – на підставі нормативно-правового акта органу влади Союзу РСР. Це є ще одним свідченням того, що правом виключної державної власності на землю з її природними об'єктами володів Союз РСР в особі своїх центральних органів влади і управління. При цьому Союз РСР не мав своєї власної території, за винятком окремих островів, але він безроздільно розпоряджався природними багатствами, розташованими в межах територій союзних республіках.

Література

1. Французский гражданский кодекс 1804 года. / Перевод И.С. Перетерского. – М., 1941. – С. 165.
2. Шерешевский И.В. Французский гражданский кодекс 1804 года (Кодекс Наполеона). Извлечения / И.В. Шерешевский. – Одесса, 1965. – С. 37.
3. Свод Законов Российской империи. (Свод М.М. Сперанского). С.-Пб., 1914. – Т. Х. – Ч. 1.
4. Ельяшевич В.Б. Практический комментарий к гражданским законам : в 3-х т. / В.Б. Ельяшевич. – М., 1913. – Т. 2. – С. 420.
5. Шершеневич Г.Ф. Русское гражданское право / Г.Ф. Шершеневич. – изд. 11-е. – С.-Пб., 1914. – С. 280.
6. Дембо Л.И. Основные проблемы водного законодательства / Л.И. Дембо. – Л., 1948.
7. Дембо Л.И. Основные теоретические проблемы земельной собственности / Л.И. Дембо. – Л., 1951.
8. Аксенёнок Г.А. Право государственной собственности на землю в СССР / Г.А. Аксенёнок. – М., 1950.
9. Аксенёнок Г.А. Земельные правоотношения в СССР / Г.А. Аксенёнок. – М.,1958.
10. Новицкий И.Б. История советского гражданского права / И.Б. Новицкий. – М., 1957.
11. Турубинер А.М. Право государственной собственности на землю в Советском Союзе / А.М. Турубинер и др. – М., 1958.
12. Про землю: декрет II-го Всеросійского з'їзду рад, прийнятий 26 жовтня (7 листопада) 1917 року. // СУ РСФСР 1917. – № 1. – Ст. 3. Декрет втратив чинність після введення у дію Земельного кодексу РСФСР 1922 року. // СУ РСФСР 1923. – № 10. – Ст. 123.
13. Крестьянский наказ о земле. // СУ РСФСР. – 1917. – № 1, ст. 3. Селянський наказ відомий і як Примірний наказ, складений на підставі 242 наказів, доставлених з місць на I Всеросійський з'їзд рад селянських депутатів, що відбувся в Петрограді в травні 1917 року, і опублікований в узагальненому вигляді в «Известиях Всероссийского Совета крестьянских депутатов» 19 і 20 серпня 1917 року.

14. О признании действия всех декретов Советской власти на территории Украины: решение I Всеукраинского съезда Советов от 25 декабря 1917 года. // Образование СССР : сборник документов 1917–1924. – М., 1959. – Т. 1. – С. 69–75.
15. III-й Універсал Української Народної Республіки, прийнятий 7 (20) листопада року 1917 року. / Газета «Новая Рада», 1917. – № 81.
16. Універсали Української Народної Республіки. // Вісник Української Народної Республіки. – 1918. – № 1.
17. О социализации земли: декрет ВЦИК, принятый 19 февраля 1918 года. // СУ РСФСР. – 1918. – № 25. – Ст. 346.
18. Конституция РСФСР, принятая 10 июля 1918 года. // СУ РСФСР. – 1918. – № 51. – Ст. 582.
19. О социалистическом землеустройстве и мерах перехода к социалистическому земледелию: положение ВЦИК от 14 февраля 1919 года. // СУ РСФСР. – 1919. – № 4. – Ст. 43.
20. О социалистическом землеустройстве и о переходных мерах к социалистическому землепользованию: декрет Всеукраинский ЦИК от 26 мая 1919 года. // СУ УССР. – 1919. – Ч. 2. – № 75. – Ст. 695.
21. Конституція Української Народної Республіки, прийнята 29 квітня 1918 року // Конституційні акти України 1917–1920: невідомі конституції України. – Київ: Філософська і соціологічна думка, 1992.
22. Об основных началах организации земельного дела в Украине: положение Всеукраинского ревкома. // СУ УССР. – 1920. – № 1. – Ст. 4.
23. О земле: декрет Всеукраинского ревкома от 5 февраля 1920 года. // СУ УССР. – 1920. – № 1. – Ст. 13.
24. О земле: декрет, утвержденный IV-м Всеукраинским съездом Советов 20 мая 1920 года. Съезды советов Союза ССР, союзных и автономных республик // Сборник документов 1917–1936. – Т. 2. – М., 1949. – С. 68–70.
25. Мещеряков В. Национализация и социализация земли / В. Мещеряков. – М., 1918. – С. 55.
26. Ленин В.И. / Полн. собр. соч. – Т. 16. – С. 274.
27. Ленин В.И. Аграрная программа социал-демократии в первой русской революции 1905–1907 годов. / Полн. собр. соч. – Т. 16. – С. 317.
28. Ленин В.И. / Полн. собр. соч. / – Т. 31. – С. 166.
29. Ленин В.И. / Полн. собр. соч. – Т. 37. – С. 324.
30. Ленин В.И. / Полн. собр. соч. – Т. 39. – С. 273.
31. Земельный кодекс РСФСР от 30 октября 1922 года. // СУ РСФСР. – 1922. – № 68. – Ст. 901.
32. Земельний кодекс Української ССР від 29 листопада 1922 року. // СУ УСРР. – 1922. – № 51. – Ст. 750.
33. Договор об образовании Союза ССР от 30 декабря 1922 года: постановления первого съезда Советов Союза Советских Социалистических Республик. – М. : изд. ЦИК СССР, 1923.
34. Об утверждении Основного Закона (Конституции) СССР: постановление второго Съезда Советов СССР от 31 января 1924 года. // Очерки истории Советской Конституции. – М. : Политиздат, 1987.
35. О недрах земли: декрет СНК РСФСР от 30 апреля 1920 года. // СУ РСФСР. – 1920. – № 36. – Ст. 171.
36. О недрах земли и их разработке: положение ВЦИК от 7 июля 1923 года. // СУ РСФСР. – 1923. – № 54. – Ст. 532.
37. Горное положение Союза ССР. // СЗ СССР. – 1927. – № 68. – Ст. 688.
38. Гірничий кодекс УСРР, затверджений постановою ВУЦВК і РНК УСРР від 1 серпня 1928 року. // ЗУ УСРР. – 1928. – № 22. – Ст. 192.
39. Барабаш Н.П. Розвиток правового регулювання земельних відносин, пов'язаних із користуванням надрами / Н.П. Барабаш. // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 30–37.
40. О лесах: декрет ВЦИК от 27 мая 1918 года. // СУ РСФСР. – 1918. – № 42. – Ст. 522.
41. Кіндюк Б.В. Причини ухвалення та основні положення закону «Про ліси УСРР» від 3 листопада 1923 року / Б.В. Кіндюк. // Держава і право. – 2011. – Вип. 51. – С. 144–153.
42. Про лісовий закон: постанова ВУЦВК від 3 листопада 1923 року. // ЗУ УСРР. – 1923. – № 46. – Ст. 575.
43. Закон про ліси УСРР із змінами до 10 квітня 1928 року. – Харків: Юридичне видавництво УРСР, 1928. – 39 с.

44. Про лісове господарство України: постанова ВУЦВК від 31 травня 1926 року. // ЗУ УСРР. – 1926. – № 34–35. – Ст. 264. Правовое регулирование водных отношений, связанных с земельными, было более значимым для некоторых республик, в которых были приняты соответствующие кодексы, например Водно-мелиоративный кодекс Белорусской ССР 1928 года, Земельно-водный кодекс Туркменской ССР и Узбекской ССР 1929года.
45. Общие начала землепользования и землеустройства от 15 декабря 1928 года. // СЗ СССР. – 1928. – № 69. – Ст. 642.
46. О мероприятиях по укреплению социалистического переустройства сельского хозяйства в районах сплошной коллективизации и борьбе с кулачеством: постановление ЦИК и СНК от 1 февраля 1930 года. // СЗ СССР. – 1930. – № 9. – Ст. 105.
47. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик: утверждена постановлением Чрезвычайного VIII Съезда Советов Союза Советских Социалистических Республик от 5 декабря 1936 года. // Известия ЦИК СССР и ВЦИК. – № 283. – 6 декабря 1936 года.
48. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки: затверджена постановою надзвичайного XIV українського з'їзду рад 30 січня 1937 року. – Київ : видання ВУЦИК, 1937. – 26 с.
49. О восстановлении на территории Бессарабии действия советских законов о национализации земли: указ президиума Верховного Света Союза ССР от 15 августа 1940 года. // Ведомости Верховного Света Союза ССР. – 1940. – № 29.
50. О национализации земли на территории северной части Буковины» от 15 августа 1940 года: указ президиума Верховного Света Союза ССР. // Ведомости Верховного Света Союза ССР. – 1940. – № 29.
51. О передаче Крымской области из состава РСФСР в состав УССР: указ президиума Верховного Света Союза ССР от 19 февраля 1954 года. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1954. – № 4. Ст. – 64.
52. О передаче Крымской области из состава РСФСР в состав Украинской ССР: Закон Союза ССР от 26 апреля 1954 года. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1954. – № 10. – Ст. 343.

Анотація

Каракаш І. І. **Право власності на природні об'єкти та їх ресурси у виключній формі: історико-юридичний аспект.** – Стаття.

У статті розглядаються теоретичні проблеми формування концепції права виключної державної власності на основні природні об'єкти та їх ресурси, її використання у законотворчій діяльності та закріплення в загальносоюзному та українському законодавстві у першій половині 20-го століття. Підкреслюється, що загальнонародна власність на основні природні об'єкти фактично була підмінена правом виключної державної власності, без юридичного визначення суб'єкта-володаря цим правом.

Ключові слова: природні об'єкти, природні ресурси, націоналізація і соціалізація землі, право виключної власності.

Аннотация

Каракаш И. И. **Право собственности на природные объекты и их ресурсы в исключительной форме: историко-правовой аспект.** – Статья.

В статье рассматриваются теоретические проблемы формирования концепции права исключительной государственной собственности на основные природные объекты и их ресурсы, её использование в законотворческой деятельности и закрепление в общесоюзном и украинском законодательстве в первой половине 20-го столетия. Подчеркивается, что общенародная собственность на основные природные объекты фактически была подменена правом исключительной государственной собственности, без юридического определения субъекта-обладателя этим правом.

Ключевые слова: природные объекты, природные ресурсы, национализация и социализация земли, право исключительной собственности.

Summary

Karakash I. I. **Ownership of natural objects and their resources in the exclusive form: the historical and legal aspect.** – Article.

The article discusses the theoretical problems of formation of the concept of the right of exclusive state ownership of the basic natural objects and their resources, its use in legislative activity and consolidation in the country's and Ukrainian legislation in the first half of the 20th century. Emphasizes that public ownership of the major natural objects actually was replaced by the right of exclusive state property without a legal definition of the subject-holder of that right.

Key words: natural objects, natural resources, nationalization and socialization of the land, right to exclusive ownership.

УДК 347.73

Т. А. Латковская

ПРОБЛЕМЫ КОНЦЕПТУАЛИЗАЦИИ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ПОДХОДОВ В НАУКЕ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

В условиях стремительного развития и реформирования финансово-экономического устройства постсоциалистического государства считается необходимым применение качественно новых и переосмысление значения существующих инструментов государственной политики в сфере публичных финансов. Реформирование финансовой системы государства; возникновение и установление новых финансово-правовых институтов; качественное и количественное изменение системы финансового законодательства; развитие научных теоретико-прикладных исследований в сфере финансового права – все эти явления являются взаимно обусловленными и соотносятся друг с другом одновременно как причина и следствие.

В научной финансово-правовой литературе практически не встретишь сомнений относительно необходимости выработки основных научных подходов, единых концептуальных положений, которые бы определяли и в наиболее полной мере отображали сферу финансового права. Значимость роли научно-теоретической базы при реализации политики государства в сфере публичных финансов подчеркивается представителями правотворческих и правоприменительных органов государства, юристами-практиками. Вместе с тем единство в понимании необходимости существования науки финансового права как базы для финансово-правовой реальности сопряжено с полным диссонансом определений ее роли и значения в формировании системы финансово-правового регулирования. Такой факт, по-нашему мнению, связан с неоднозначной трактовкой предмета и метода науки финансового права.

В Российской имперской науке финансового права В.А. Лебедев, а позже – И.И. Янжул приоритетным считали юридико-догматическое значение науки финансового права как производной части законодательной практики государства. Подобный подход позволил им констатировать наличие двух сродных научных дисциплин в области публичных финансов: «финансового права» и «финансовой науки», причем финансовая наука стала

© Латковская Т. А., 2014

базисом, обусловившим возникновение финансового права [1, с. 41-43]. По мнению И.И. Янжула, финансовое право изучает на основании опыта, как государство в действительности добывает свои материальные средства, а финансовая наука на основании данных финансового права и законов народного хозяйства вырабатывает общие правила о том, как государство должно добывать их. Финансовое право имеет своей задачей юридическо-догматическое изучение финансовых законодательств в их историческом развитии или современном состоянии, а финансовая наука изучает влияние их с экономической и юридической стороны и представляет собой ряд обобщений данных финансового законодательства. В отличие от финансового права, как отмечал И.И. Янжул, финансовая наука имеет в виду будущее время и стремится создать такие нормы, которыми правительства могли бы руководствоваться в будущем [2, с. 47].

Характерной чертой в определении финансово-правовой науки, ее места и значения В.А. Лебедевым, И.И. Янжулой, И.Ю. Патлаевским, С.И. Иловайским и целым рядом других представителей плеяды российской науки финансового права была та, что финансово-правовая наука может указывать только на то, что может быть в данное время и в данной местности. Из этого делался вывод, что научные положения всегда условны и не имеют общего характера [3, с. 41; 4, с. 20–21].

С критикой юридико-догматического подхода выступил И.Х. Озеров. Как он отмечал, в результате догматического подхода исследователи ограничиваются исключительно описанием отдельных явлений, поэтому неизбежно приходят к единому выводу: право, как и все другое на свете, «испытывает перемены», развивается. Поэтому, по мнению И.Х. Озерова, финансово-правовая наука должна изучать объективные социальные закономерности того или иного явления, анализировать причины его существования [5, с. 17]. Подготовительным, предварительным этапом для умозаключений и выводов в финансово-правовой науке должен стать анализ и обработка существующих финансовых фактов [5, с. 17–18].

Проблема определения и применения наукой финансового права разнообразных подходов к отображению и трактовке экономической и правовой действительности, влияния на ее изменения была особо острой и в советский период развития науки финансового права. В частности, на первых этапах становления советской государственности, сопровождаемых реформированием всех общественно политических отношений, в том числе финансово-правовых, происходит переосмысление значения финансово-правовой науки. С повестки дня фактически снимается вопрос о повышении значимости финансово-правовых исследований как катализатора существующей финансово-правовой реальности, стимулятора повышения эффективности политики государства в сфере публичных финансов. Вместо этого ставится вопрос о потребности существования науки финансового права в таком качестве вообще. Вследствие мощного влияния государства на науку финансового права, основным заданием последней в этот период становится анализ, обобщение, а часто – и комментарий отдельных

способов, методов государственного воздействия на финансовую сферу. Ее основными функциями становятся пропагандистская и агитационная. Ярким примером этому является тот факт, что предметом первых научных работ по финансовому праву советского периода были вопросы сущности и реализации финансовой политики новой власти относительно «защиты бюджетных интересов диктатуры трудящихся» [6].

Показательным является тот факт, что, вопреки объективному процессу значительного сужения сферы товарно-денежных отношений, в советской финансово-правовой литературе устанавливается тенденция отождествления финансов исключительно с денежными отношениями. Эта тенденция еще больше усиливается на рубеже 30-х-40-х годов и несколько позже становится господствующей в науке финансового права. Так, И.И. Болдырев, определяя финансовое право как «совокупность законодательных постановлений о финансах, финансовом устройстве и финансовом управлении данного государства», подразумевал под финансами деньги или такие материальные ценности, которые без особых усилий и трудностей могут быть переведены в деньги [7, с. 35]. Этой же позиции придерживались, не считая отдельных нюансов, А.М. Гурвич [8], С.А Котляревский [9], М.А. Гурвич [10], М.Д. Загрязцков [11]. Своими научными разработками, как отмечает К.С. Бельский, они обеспечили почву для создания собственно науки финансового права, подготовили переход от понимания сферы финансового права как государственного хозяйства вообще к пониманию его предмета как исключительно государственных фондов денежных средств [12, с. 52–57].

Такой же подход к исследованию финансово-правовой материи наблюдается и в так называемый «классический» период развития науки финансового права. В этот период ранее фрагментарные, неполные, бессистемные знания по советскому финансовому праву были выстроены в четкую, внутренне логическую систему категорий и понятий, с четко очерченным предметом и методом правового регулирования. Именно представителями советской финансово-правовой школы, прежде всего Е.А. Ровинским, наука финансового права впервые была определена как отдельная, самостоятельная отрасль юридической науки. Дано определение понятия науки финансового права, ее структуры [13, с. 31].

Вместе с тем нельзя не отметить, что научные исследования этого периода в области финансового права базируются либо на определении границ государственной власти в финансовой сфере, либо на характеристике финансово-правовых институтов, утвержденных этой властью. При этом конкретный финансово-правовой институт исследуется как отдельно существующий факт, а его правовая природа устанавливается путем анализа нормативно-правового акта, его регламентирующего. Примеров такому явлению множество. Не останавливаясь на их рассмотрении отдельно, отметим, что их можно встретить практически в каждом советском учебнике по финансовому праву [14].

В современной финансово-правовой литературе неоднократно отмечалось значение доктринальной разработки при формировании финан-

сово-правового регулирования. По мнению Ю.А. Крохиной, доктрина финансового права (которая определяется ею в двух аспектах: широком – подлинно научном и узком – научно-нормативном) выполняет задание вторичного источника отрасли финансового права. Она компенсирует лаконичность нормативных положений, обеспечивая их теоретическую полноту и юридическую определенность, раскрывая нормативное содержание финансово-правовых категорий [15].

Роль науки финансового права как объективного фактора влияния на реализацию государственной политики в сфере публичных финансов подчеркивается и другими авторами [16]. Как отмечает И.В. Рукавишникова, материя финансового права представляет собой живой организм, требующий постоянного внимания как практика-законодателя, так и теоретика ученого, поскольку только всестороннее изучение происходящих в финансово-правовой действительности процессов позволит объективно оценить состояние данной отрасли [17, с. 15]. Необходимость влияния ученых, специализирующихся в области финансового права, на формирование законопроектных работ, подготовку проектов нормативно-правовых актов обосновывается и в российской, и в украинской науке финансового права.

Таким образом, вышеуказанная характеристика понимания роли и значения науки финансового права позволяет нам выделить два основных исторически сформировавшихся концептуальных подхода к изучению и отображению финансово-правовой действительности: догматический и казуальный.

Догматическое толкование финансово-правовой материи в истории финансово-правовой мысли в связи со своей распространенностью неоднократно поддавалось серьезному анализу, нередко – критике. Не рассматривая детально данную полемику, мы хотели бы обратить внимание на не менее острую, с нашей точки зрения, проблему науки финансового права – проблему казуального подхода в познании, определении и трактовке финансово-правовых явлений и процессов. Во-первых, хотелось бы отметить, что значение подхода, способа изучения наукой финансово-правовой материи является чрезвычайно важным с методологических позиций. Ведь, как справедливо отметил И.Х. Озеров, главное в науке – это умение верно поставить вопрос, найти правильный путь. Иначе, как писал ученый, можно блуждать годами и не продвинуться ни на шаг [18].

Характеристика казуального подхода показывает не только то, с помощью каких методов научного исследования изучается то или иное явление или процесс. Она показывает субъективное отношение исследователя к исследуемому им материалу. Во многом именно с помощью характеристики научного подхода в исследовании финансово-правовых явлений можно определить объективные факторы, влияющие на формирование и развитие отдельных финансово-правовых взглядов, идей, концепций, науки финансового права в целом. Исследуемый подход научного познания правовой реальности указывает, прежде всего, на самоидентификацию науки финансового права, определение ее роли и значения как среди других

наук, так и для изучаемых ею объектов. Кроме того, именно на основании избранного научного подхода обозначается и идентифицируется предмет научного познания.

Применение казуального подхода в науке финансового права как совокупности способов и методов изучения финансово-правовой материи путем вычленения и рассмотрения отдельных фактов и явлений правовой действительности наблюдается с момента ее становления. В частности, А.Н. Зак, обозначая науку финансового права самостоятельной юридической дисциплиной, считал, что в ней группируются своеобразные, типичные для финансового права «уклонения» от общих норм права гражданского, административного, международного и т. п. источников [19]. В связи с этим упомянутый нами автор задавался вопросом: «...не является ли финансовое право, может быть только в своей части, как самостоятельная юридическая дисциплина – дело будущего, обусловливающего дальнейшею дифференциацию юридических норм, меняющих свое существо в зависимости от того оборота, в котором они применяются?» [20].

Казуальный подход в исследовании правовой действительности подчеркивает, в насколько тесной взаимосвязи и взаимообусловленности находится юридическая наука с правовой практикой. С одной стороны, нужно отметить, что правовая практика является источником познания, условием существования науки финансового права. Именно этот аспект наиболее детально разработан в юридической литературе [21]. Мы же хотели бы обратить внимание на другой, не менее важный аспект. Правовая практика – это наиболее объективный критерий истинности суждений и определений науки финансового права, постоянный ее потребитель. Исследования финансово-правовых отношений не должны сводиться исключительно к описанию существующих в определенный промежуток времени финансово-правовых институтов или финансового законодательства, их регламентирующего. В таком случае, как справедливо отмечал Р. Иеринг, наука сводится к совершенно бесполезной констатации факта. По этому поводу он, в частности, писал: «История финансового права нередко ограничивается только знанием циферблата часов, не имея понятия об их механизме. Она не касается зачастую вопроса о скрытой силе, которая приводит в движение стрелку. В этом она напоминает нам при таком чисто описательном направлении архив какого-нибудь департамента...» [22, с. 12]. В общем и целом соглашаясь с цитируемой нами позицией, мы хотели бы только отметить, что научный инструментарий для того и создается, чтобы применять его к познанию социальной действительности, в частности такой ее части, как правовая практика. Поэтому работы прикладного характера помогают в решении частичных вопросов, возникающих на практике. В то же время адекватного научного обеспечения требуют практические проблемы принципиального характера – качественно новая правовая практика и условия ее реализации, имеющие место именно сегодня, на этапе демократической трансформации общества в целом и каждого из его институтов в частности.

Таким образом, мы можем отметить, что бесспорным позитивным свойством данного подхода в науке финансового права является исследование отдельного финансово-правового института и существующих тенденций, закономерностей финансово-правового регулирования в их сочетании с объективно сложившимися политическими, экономическими и социальными отношениями в обществе.

Вместе с тем необходимо отметить и недостатки казуального подхода в науке финансового права. Главный из этих недостатков сопряжен, как отмечает С.В. Запольский, с отставанием финансово-правовой научной доктрины от быстро развивающихся реалий, ориентированностью на восприятие их как данности, не подлежащей критическому анализу, и уж тем более совершенствованию [23]. Подобная ситуация в науке финансового права является ненормальной. Анализируя связь юриспруденции с практикой, исследуя в этом контексте взаимодействие финансово-правовой доктрины и финансового законодательства, следует отметить универсальность научных разработок по отношению к политическим и правовым идеям, закладываемым в основу концепции властного акта государства.

Кроме того, как неоднократно отмечалось в общей теории права и в теории финансового права, финансово-правовое регулирование – субъективное явление [24]. Поэтому финансовое законодательство весьма часто определялось либо как результат борьбы противоположных групп и интересов, либо как соглашение, консенсус между этими противоборствующими группами. «Без момента борьбы, – писал И.Х. Озеров, – мы не поймем финансового права» [25]. В свою очередь Б.А. Кистяковский отмечал: «... для того, чтобы понять финансовое законодательство, мы должны ознакомиться со стремлениями и идеалами разных общественных групп...» [26]. Такие же определения финансового законодательства являются превалирующими и в современной финансово-правовой литературе. Как отмечает М.В. Карасева, формирование некоторых правовых механизмов, существующих сегодня в финансовом законодательстве, является результатом политического столкновения, а затем и компромисса законодательной и исполнительной властей, влияющих на возникновение, функционирование и прекращение финансово-правовых отношений [27].

Таким образом, сложившиеся на современном этапе общественно-политические и социально-экономические правоотношения ставят перед наукой финансового права качественно новые задачи относительно познания и отображения явлений правовой действительности, что требует пересмотра используемых подходов, методов и приемов исследования финансово-правовой материи.

Литература

1. Лебедев В.А. Финансовое право : [учебник] / В.А. Лебедев. – М. : «Статут», 2000. – Серия «Золотые страницы финансового права России». – Т. 2. – 461 с.
2. Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах / И.И. Янжул. – М. : «Статут», 2002. – 555 с.

3. Иловайский С.И. Учебник финансового права / С.И. Иловайский. – Одесса, 1899. – 616 с.
4. Патлаевский И.Ю. Курс финансового права / И.Ю. Патлаевский. – Одесса, 1885. – 411 с.
5. Озеров И.Х. О приемах изучения финансовой науки / И.Х. Озеров // Русская мысль. – 1903. – Вып. IV. – С. 17.
6. Алексеев А.А. Бюджетное право народного представительства / А.А. Алексеев . – Х.,1918.
7. Голополосов А. Роль государственного контроля и основные принципы его деятельности / Голополосов А. – М., 1918.
8. Боголепов М.И. Финансы, правительство и общественные интересы / М.И. Боголепов. – СПб. : Изд-во Поповой О.Н., 1907.
9. Советское финансовое право. – М., 1982. – 422 с.
10. Гурвич А.М. Бюджетное право за законодательством РСФСР / А.М. Гурвич. – М., 1918. – С. 36.
11. Котляревский С.А. Финансовое право СССР / С.А. Котляревский. – М., 1926. – С. 48.
12. Гурвич М.А. Основные вопросы советского финансового права / М.А. Гурвич. – М., 1940. – С. 72.
13. Загряцков М.Д. Административно-финансовое право / М.Д. Загряцков. – М., 1928. – С. 53.
14. Бельский К.С. Финансовое право: наука, история, библиография / К.С. Бельский. – М. : Юристъ, 1995. – 208 с.
15. Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е.А. Ровинский. – М. : Госюриздат, 1960. – 193 с.
16. Советское финансовое право : [учебник]. – М.: Юрид. лит., 1985. – 272 с.
17. Советское финансовое право : [учебник]. – М.: Юрид. лит., 1987. – 464 с.
18. Крохина Ю.А. Доктрина как фактор оптимизации финансового законодательства // Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства : сборник научных докладов и сообщений по материалам международной научной конференции 22-24 сентября 2003 года. – Черновцы : «Рута», 2003. – Вып. 1. – С. 41–43.
19. Карасева М.В. Финансовое право России в XXI веке: иные акценты / М.В. Карасева // Правоведение. – 2002. – № 5. – С. 12–14.
20. История финансового законодательства России : [учебное пособие]. Серия «Экономика и управление». – М.: ИКЦ «МарТ», 2003. – 256 с.
21. Озеров И.Х. О приемах изучения финансовой науки / И.Х. Озеров // Русская мысль. – 1903. – Вып. IV. – С. 32.
22. Зак А.Н. К постановке некоторых очередных вопросов финансовой науки / А.Н. Зак. – Ярославль, 1913. – С. 18–20.
23. Там же. – С. 19.
24. Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований / Д.А. Керимов. – М., 1986. – С. 24.
25. Лукич Р. Методология права / Р. Лукич. – М.: Прогресс, 1981. – С. 7.
26. Скакун О.Ф. Теория государства и права : [учебник] / О.Ф. Скакун. – Харьков: Консум, 2000. – С. 36.
27. Иеринг Р. Юридическая техника / Р. Иеринг. – СПб., 1905. – 105 с.
28. Запольский С.В. О предмете финансового права / С.В. Запольский // Правоведение. – 2002. – № 5. – С. 26.
29. Киримова Е.А. О системообразующих критериях современного Российского права / Е.А. Киримова // Правоведение. – 2002. – № 5. – С. 151
30. Попондопуло В.Ф. Система общественных отношений и их правовые формы (к вопросу о системе права) / В.Ф. Попондопуло // Правоведение. – 2002. – № 4. – С. 78.
31. Озеров И.Х. О приемах изучения финансовой науки / И.Х. Озеров // Русская мысль. – 1903. – Вып. IV. – С. 22.
32. Кистяковский Б.А. Категория необходимости / Б.А. Кистяковский // Жизнь. – 1900. – № 5, 6.
33. Карасева М.В. Политическая обусловленность финансово-правового регулирования / М.В. Карасева // Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства : сборник научных докладов и сообщений по материалам международной научной конференции 22-24 сентября 2003 года. – Черновцы: «Рута», 2003. – Вып. 1. – С. 32.

Аннотация

Латковская Т. А. **Проблемы концептуализации методологических подходов в науке финансового права.** – Статья.

Статья посвящена исследованию проблем концептуализации методологических подходов в науке финансового права. Автор, исследуя взаимодействие финансово-правовой доктрины и финансового законодательства, указывает на необходимость универсальности научных разработок по отношению к политическим и правовым идеям, закладываемым в основу концепции властного акта государства. Перед наукой финансового права встают качественно новые задачи относительно познания и отображения явлений правовой действительности, что требует пересмотра используемых подходов, методов и приемов исследования финансово-правовой материи.

Ключевые слова: публичные финансы, финансовое право, наука финансового права, концептуальные подходы.

Анотація

Латковська Т. А. **Проблеми концептуалізації методологічних підходів в науці фінансового права.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем концептуалізації методологічних підходів у науці фінансового права. Автор, досліджуючи взаємодію фінансово-правової доктрини і фінансового законодавства, вказує на необхідність універсальності наукових розробок стосовно політичних і правових ідей, що закладаються в основу концепції владного акта держави. Перед наукою фінансового права постають якісно нові завдання щодо пізнання і відображення явищ правової дійсності, що вимагає перегляду використовуваних підходів, методів і прийомів дослідження фінансово-правової матерії.

Ключові слова: публічні фінанси, фінансове право, наука фінансового права, концептуальні підходи.

Summary

Latkovska T. A. **The problems of conceptualization of methodological approaches to the financial law science.** – Article.

The article focuses on the investigation of the problems of conceptualization of methodological approaches to the science of financial law. The author, having studied the interaction of financial and legal doctrine as well as the financial legislature, points out the necessity of making universal scientific research referring to political and legal ideas underlying the conception of the state authority act. The science of financial law faces new challenging tasks referring to cognition and the reflection of the phenomena of legal reality which requires reconsideration of the approaches methods, techniques of the financial and legal research employed.

Key words: public finance, financial law, science of financial law, conceptual approaches.

УДК 340.12:130.123.1

А. П. Овчинникова

ГАРМОНИЗАЦИЯ КУЛЬТУР И ДИАЛЕКТИЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР ДИАЛОГА

Современный мир ни от чего так не страдает, как от дефицита взаимопонимания в правовой, политической, экономической, нравственной, эстетической и религиозной сферах. Возможно, на сегодняшний день это и является основной проблемой. А громче всех по части решения (или нерешения) данной проблемы, естественно, подают свои голоса глобалисты и антиглобалисты. Внешне диалог между ними нередко напоминает разговор глухих. А выдвигаемые с обеих сторон аргументы таковы, что порой кажется, будто правы и те, и другие.

Глобалисты утверждают, что справиться с многочисленными общечеловеческими бедами – от поддержания в состоянии динамического равновесия климата планеты до борьбы с международным терроризмом – можно только во всемирном масштабе. В качестве радикальной меры предлагается создание конфедерации государств Земли во главе с подобием общего правительства, которое было бы способным контролировать крупнейшие банки, транснациональные корпорации, различные международные организации, включая террористические. Кроме того, научно-технический прогресс, по мнению глобалистов, вообще нельзя остановить, тенденция к глобализации – это закон истории, она неотвратима.

Антиглобалисты указывают, что процессы глобализации сопровождаются резким снижением разнообразия, ростом гомогенности человеческой цивилизации, однородности ее культурных проявлений. Если это верно, тогда глобализация – не проявление прогресса, а наоборот, признак вырождения человечества. Со времен Г. Спенсера считается установленным, что человечество, в отличие от природы, которая в целом подчиняется стреле истории, направленной к росту энтропии, эволюционирует в сторону роста разнообразия, гетерогенности и усложнения своей организации. Гомогенные системы не жизнеспособны. Дело не только в том, что в силу инерции и консерватизма людям трудно расстаться со своими национально-государственными особенностями, экономическим и культур-

© Овчинникова А. П., 2014

ным протекционизмом, религиозными традициями, но и в том, что ничто однородное не способно к развитию.

Сторонники обеих точек зрения находят веские аргументы против позиций друг друга, у каждой из них имеются свои резоны. Однако решающего аргумента ни у одной из сторон этого противостояния, по-видимому, нет. А если это действительно так, то мы имеем дело с типичным диалектическим противоречием: человечество находится в поисках приемлемого *синтеза* противостоящих друг другу *тезиса* глобализма и *антитезиса* антиглобализма.

Сторонник диалектики гегелевского толка мог бы призвать отнестись к этому факту с философским спокойствием. Он сказал бы, что противоречие естественно и задано изначально. Нам остается лишь сделать вывод, что именно это противоречие является источником развития, что результатом борьбы этих противоположностей после периода постепенного количественного изменения окажется некий «скачок» – переход общества в новое качественное состояние. А поскольку направление всякого развития вписывается в «диалектическую спираль», в движение по схеме «тезис – антитезис – синтез», то можно предположить, что на этапе *синтеза* произойдет повторение ряда существенных черт *тезиса*, что *синтез* на следующем витке спирали станет новым *тезисом* и так далее.

Эти метафизические соображения замечательны тем, что они как бы отсылают нас в школу стоиков, может быть, способны привнести успокоение в душу философски мыслящего человека. Но от них веет равнодушием к судьбе людей, втянутых в современный исторический процесс. Философ как бы говорит, что все мы, живущие в Европе или в Африке, в христианском или мусульманском мирах, при либеральном или тоталитарном режимах, имеющие работу или не имеющие даже хлеба насущного, все мы – только дрова для топки Истории. Все равно История распорядится нашей судьбой так, как ей будет угодно, и когда-то, наконец, выбросит нас на новый виток спирали. Свобода наша – в осознании этой исторической необходимости. Какое-то *понимание* событий здесь имеется, но нет ответа на вопрос о том, как надо *действовать* конкретным людям в сложившейся ситуации, как им проживать их единственную жизнь, которая пришлась на «эпоху перемен». Традиционно остается без ответа вопрос: «Что делать?»

Кажется, первым откликается на гуманитарный запрос не наука и даже не философия, а искусство. Именно оттуда приходит ответ в духе не гегелевского, а первоначального, сократовского смысла слова «диалектика», который выводился от греческого выражения *dialektikē technē*, искусства ведения беседы, диалога. Теперь только ультрарадикалы не говорят, что решение любых проблем может быть достигнуто лишь за столом переговоров.

Однако диалог в сократовском смысле имел совсем другое назначение: не столько установление взаимопонимания, сколько получение общего знания, например, знания о том, что такое «добро», «прекрасное», «спра-

ведливость» и так далее. Если мы хотим дать определение какому-либо понятию (согласно Сократу и Платону – получить подлинное знание), то начинать надо с прагматики языка, с анализа значений употребления слова в частных случаях, а затем постепенно подниматься к обобщениям: от единичного случая к видовым и, наконец, родовым значениям. Иногда это называют методом рациональной индукции, поскольку в процессе обобщения, как казалось, не было необходимости обращаться к опыту, а следовало только отвечать на целенаправленные вопросы, свои или собеседника, отыскивать и устранять противоречия в первоначальных суждениях о предмете. Знание, таким образом, оказывалось результатом самоанализа: оно выглядело выводом из внутреннего диалога.

Хотя на каждом шаге такого диалога требовалось *согласие* собеседников по поводу частных определений, общая цель все же была иной. И вовсе не предполагалось, что собеседники могут строить свои рассуждения на несовместимых основаниях, исходить из совершенно разных принципов, когда получение единого определения понятий (например, такого как «справедливость») становится невозможным. Сократ никогда не ставил себе задачу достижения *толерантности* к исключающей его точку зрения позиции. А ведь как раз это стало главной задачей гармонизации современной культуры.

В то же время никакого иного средства, ведущего к толерантности в условиях противоречия, кроме «наведения культурных мостов», кроме диалога, как будто и нет. Вероятно, этим и вызвано пристальное внимание к диалогу, может быть, самое пристальное со времен Сократа. В XX веке наблюдалось стремление придать термину «диалог» методологический смысл (в работах М. Бубера, М.М. Бахтина и других ученых). В частности, предлагалось рассматривать произвольный текст, даже научный, не просто с точки зрения того, что он непосредственно сообщает, а как поступок конкретного человека. Внимание сосредотачивается не столько на предмете диалога, сколько на людях, ведущих беседу или спор, на их интенциях и ценностях. Предметом анализа становится не предмет, а сам диалог: автора с читателем, автора с иными авторами, героев художественного произведения друг с другом, автора с представителями своей или чуждой ему культурной среды. Тогда с учетом ценностей участников диалога в тексте обнаруживаются смыслы, которые не обязательно предполагаются самим текстом. Возникает возможность «лучшего» понимания текста, чем понимал его сам автор. Интерпретация текста, согласно М.М. Бахтину, всегда связана с отражением чужого отражения: «Когда текст становится объектом нашего познания, мы можем говорить об отражении отражения. Через чужое отражение к отражаемому объекту» [1, с. 292].

Это положение напоминало бы более позднюю методологическую идею В.А. Лефевра о «конфликтующих структурах» [2], позволявшую описывать отображение системы в другой системе, если бы М.М. Бахтин принимал научную парадигму познания. Однако М.М. Бахтин как раз хотел отказаться от объективированного и безликого классического Субъекта познания

(идеализации эпохи Просвещения) и ввести вместо него живого, конкретного, наделенного ценностями и ответственностью за свои решения Человека. Казалось, стоит отбросить бинарную субъектно-объектную формулу анализа и ввести новый корпус понятий, в частности, таких как «ответственно поступающий мыслью», «заинтересованное понимание», «правда» (вместо «истина»), «единая и единственная событийность бытия», «живая единственная историчность» и другие, как «дуализм познания и жизни» будет преодолен.

Ясно, что такой антропоморфный поворот, характерный для множества философов XX и даже XIX веков (от Ф. Ницше, В. Дильтея, М. Хайдеггера, неокантианцев до философского постмодернизма), отдалял философию от науки и сближал ее с художественным мышлением. М.М. Бахтин этот поворот от построения объективированных картин мира к рассмотрению интенциональности и анализу отношений человека к его миру совершенно точно называл созданием уже не философских, а «полуфилософских, полухудожественных концепций мира» [3, с. 155]. Человеческое понимание у него многоаспектно.

Но что мы при этом узнаем, сравнивая «старый» и «новый» способы философствования? Увы, только то, что они не заменяют, а дополняют друг друга. При этом слово «дополнительность» используется не в каком-то особом терминологическом смысле (например, как у Н. Бора), а как выражение расхожего требования рассматривать предмет с различных сторон, комплексно. К тому же расширительное употребление слова и стремление включить «диалог» в метафизические рассуждения часто ведет к профанации. Ю. Бохеньский писал, что ссылки на «диалог с Богом», на «диалог с Природой», на то, что человеческий труд является «диалогом», являются или метафорой, или суеверием, методологического смысла иметь не могут [4, с. 144].

Таким образом, в каком смысле о диалоге можно говорить как о методе, то есть об определенной, рационально контролируемой последовательности шагов, направленных на решение какой-либо задачи? Да, различных правд у людей множество, много и способов понимать мир. Действительно, порой не видно, по каким основаниям надо предпочесть одно понимание мира другому. Удел человека – плюрализм. Само осознание этого факта важно для признания необходимости терпимого отношения к позиции другого человека. Но как же все-таки *следует себя вести* человеку в деле наведения культурных мостов? Сторонники антропоморфной философии не предлагают ничего, кроме отсылки к образцам разрешения конфликтов, заданным художественной литературой, которым можно было бы следовать по аналогии.

Однако стоит непосредственно обратиться к искусству, как тут же обнаруживается, что и там найти примеры такого диалога, который служит средством установления толерантных отношений, совсем непросто. Как правило, в драматическом диалоге собеседник хочет подчинить оппонента своей воле и заставить совершить нужный ему поступок. Если такой

диалог успешен, то конец спора ставит собеседников в новые отношения. Вспомним, например, Марину Мнишек в «Борисе Годунове» А.С. Пушкина. Она принимает только обновленного Самозванца, когда тот решителен, готов отбросить все препятствия на пути к власти. У А.С. Пушкина Григорий перестраивается по ходу самого диалога. Это уже не человек, которого считают беглым монахом, плененным красотой гордой полячки, а уверенный в себе властитель, сознающий свою историческую миссию. И только тогда Марина говорит: «Я слышу речь не мальчика, но мужа. С тобою, Князь, она мирит. Безумный твой порыв я забываю и вижу вновь Димитрия. Но – слушай: пора, пора! Проснись, не медли боле; веди полки скорее на Москву – очисти Кремль, садись на трон московский, тогда за мною шли брачного посла». Согласие достигнуто, но лишь за счет отказа одного из участников диалога от своей прежней установки.

В «Трехгрошовой опере» Б. Брехта сцена, где Мекки-Нож ведет диалог с шерифом, пришедшим его арестовывать, заканчивается соглашением между ними: в Скотланд-Ярде нет материала против Мекки-Ножа, арестовать его шериф не может. Но тогда относительного согласия собеседников и порядка на улице может быть достигнуто за счет обычной сделки, основанной на расчете. «Так поступают все современные предприниматели», – заявляет Б. Брехт, формулируя основание для завершения конфликта.

Поиском общей концептуальной основы деятельности обеспокоены также герои в пьесе Ж. Ануя «Жаворонок». Жанна договаривается с королем Карлом о том, чтобы он поручил ей командование армией, в таком случае они оба берут на себя совместную ответственность за судьбу Франции:

– *Когда ты избыл весь свой страх и когда ты, вопреки всему, остановился и смотришь в глаза опасности, в такие минуты в тебя вселяется Бог. Но ты ведь знаешь, какой Он. Хочет, чтобы человек сам сделал первый шаг.*

– *Да. Я принял решение. Поручаю командование моей королевской армией Деве, здесь присутствующей.*

Договоренность достигнута, но на основе общих ценностей: оба согласны, что Францию надо спасать. Но как они могли бы договориться, если бы один из них ставил себе целью исчезновение Франции с географической карты?

У того же Ж. Ануя в пьесе «Антигона» Креон как раз не находит общей основы для разговора с Антигоной. Она действует, подчиняясь собственной нравственной потребности, тогда как Креон печется об определенном порядке в государстве: «Ты идешь против порядка. Твое дело – выйти замуж и родить Гемону сына, наследника престола. Дело стражников – стоять на страже порядка. Каждому – свое». И вот Креон и Антигона не могут договориться. Максимум, чего им удается достичь, это объяснить друг другу непримиримость личного и государственного интересов. Вообще у Ж. Ануя две «породы» людей непримиримы и, как он полагал,

никогда не смогут договориться между собой: «Одна порода многочисленная, плодовитая, счастливая, податливая, как глина <...> они люди для жизни, люди на каждый день. И есть другая, благородная порода – герои. Те, кого легко представить себе бледным, распростертым на земле, с кровавой раной у виска, они торжествуют лишь один миг: или окруженные почетным караулом, или между двумя жандармами» («Эвридика»). Художественная постмодернистская литература, кажется, целиком держится на идее о том, что у людей имеются исключающие друг друга ценности, которые можно только зафиксировать, но нет путей к взаимопониманию, а тем более – способов организации совместной деятельности. Потому-то бытие абсурдно, а диалог зачастую выглядит как монолог.

Драматургия не дает, да и вряд ли может дать ответ на вопрос, как согласовать исключающие друг друга установки. Это вообще не является ее целью. Она может лишь зафиксировать конкретные образцы драматизма или даже трагизма самой ситуации. Потому-то диалогический подход к тексту способен только выявить плюрализм интерпретаций конкретных ситуаций, однако не может ничего сказать о том, как выбраться из конфликта.

Между прочим, в эпоху глобализации проблема всеобщего дефицита взаимопонимания знает и счастливые исключения. К ним, пожалуй, относятся коммуникации в сфере фундаментальных наук, а также в комплексе технического и технологического знания. Наука (по крайней мере, в смысле *science*, а не в смысле гуманитарных дисциплин) во все времена тяготела к «глобализму». Она никогда не ориентировалась на этнические, национальные, классовые, религиозные или иные групповые особенности. Ее арсеналом всегда служили интерсубъективные средства: по возможности максимально четкие и однозначные дефиниции, формализованные языки, конвенции о более или менее ясно выраженных принципах различения знания и веры, знания и мнения, науки и идеологии, науки и паранауки. Не то, чтобы наука не знала споров и дискуссий. Однако она имеет средства удовлетворительного разрешения своих разногласий, рационального ведения диалога. Принципы установления того, что считать знанием в отрасли физики или генетики, одинаковы и в Азии, и в Америке, и в Европе, и в Африке. Компьютеры и языки программирования одинаковы как для синтоистов, так и для мусульманских фундаменталистов, буддистов, христиан и бахаистов, а хакеры не имеют национальности.

Тогда, может, и ответа на вопрос о преодолении кризиса культуры надо ждать не от искусства, а от науки? Соответственно, не следует ли ожидать помощи в ответе на вопросы, поставленные спорами глобалистов и антиглобалистов, только от интеллигенции, не в смысле «русской интеллигенции», которая традиционно идентифицировала себя с прослойкой между властью и народом, а в обычном европейском смысле, то есть от «интеллектуалов»?

В XX веке как ответ на запрос времени появилась специальная научная дисциплина – конфликтология. Что она могла бы предложить глобалистам и антиглобалистам? Современная конфликтология далеко продвинулась

в эмпирическом анализе конфликтных ситуаций. Так, можно узнать, как участники коммуникации должны фиксировать объекты, относящиеся к обсуждаемой реальности, вплоть до определения того, на чем летают ведьмы, если речь идет о фольклорной проблематике. Описывается специфика конфликта на разных его фазах: латентной, демонстративной, агрессивной, батальной. Выдвигается требование анализа Я-концепций – представлений участников диалога о самих себе. Опять-таки как безусловный фиксируется тезис о необходимости принятия участниками конфликта общих для них социальных норм и концепции справедливости, которые дают определенные права и накладывают одинаковые обязанности, а также правил разрешения конфликта. Наконец, конфликтология предлагает анализ методов разрешения конфликта, а также путей перехода от авторитарного поведения к демократическому.

Однако обращают на себя внимание две особенности конфликтологии. Во-первых, отсутствие интереса к анализу конфликтов в условиях несовместимости позиций. А во-вторых, перевод почти всей конфликтологической проблематики исключительно в психологическую и этическую плоскости. Онтологический аспект (ведь именно он наиболее характерен для любой науки) конфликтологами фактически игнорируется. А решающий рецепт выглядит так: «Наиболее этичным в стремлении к согласию является усилие представить своего лютого врага своим лучшим другом, находя в нем все наилучшее, что импонирует вам. Войдите в роль Христа, в роль того, кто подставляет свою левую щеку» [5, с. 144]. Рецепт хорош, но как его реализовать в конфликте с политическим экстремистом или религиозным фундаменталистом? Какими средствами выполнять христианский завет в споре глобалистов и антиглобалистов?

По-видимому, онтологическая основа для рассмотрения конфликтных ситуаций может быть задана только в том случае, если изначально будет предпринята попытка отказа, как это ни покажется странным, от того, что больше всего бросается в глаза, – анализа интенциональности участников конфликта. Ситуация первоначально должна предстать в таком виде, будто мы не только бесстрастные судьи, но и как бы вообще не умеем читать ни мысли, ни эмоции, ни интеракции задействованных в конфликте людей.

Иначе говоря, до всякого дальнейшего анализа конфликт должен быть рассмотрен как такой *натуральный* объект, в котором некоторые его существенные части, стороны, аспекты в определенном плане противоположны друг другу. А поскольку «существенность в определенном плане», очевидно, предполагает, что мы заранее должны свой предмет в этом самом «плане» зафиксировать, то есть рассмотреть его в определенном смысле, «подвести под определенный концепт», то и наиболее адекватным средством анализа конфликта является системный метод. Ведь система (одно из двух стандартных определений) и является произвольным объектом, на котором выполняется какое-либо отношение (именно оно – структура системы – наиболее существенно для данной системы), соответствующее заранее предполагаемому, определенному смыслу [6, с. 37].

Вот почему онтологический анализ конфликта удобнее всего проводить системным методом. Тогда одним из средств исследования конфликтов выступает их классификация. Она может проводиться по дескрипторам системы: все конфликты касаются или концепта, или структуры, или субстрата системы, или их всех. Кроме того, каждый конфликт может характеризоваться определенным набором значений системных параметров, позволяющим делать прогнозы относительно возможности появления необнаруженных характеристик конфликта [7, с. 125–128]. Однако вполне может оказаться, что нечто интересное в таком анализе ускользнет от нашего внимания, поскольку набор описанных системных параметров является принципиально неполным. В таком случае придется искать новые системные параметры – описывать новые типы систем. По-видимому, именно с такой ситуацией мы сталкиваемся в споре глобалистов и антиглобалистов. А для начала необходимо более четко представить в системном качестве различные конфликты, которые обычно представляют как однотипные.

Рассмотрим случай конфликтной ситуации, за анализ которой обычно берется именно диалектика. Назовем его «*диалектической» системой*.

Невозможно отрицать существование систем с противоположными (по некоторому основанию) свойствами и отношениями. Такими свойствами могут выступать, например, господство и подчинение, справедливость и несправедливость, добродетель и порок, истина и ложь, естественное и искусственное, интересы индивида и интересы общества и так далее. Когда говорят о художественном мышлении, то также часто ссылаются на «диалектические противоречия». Здесь оно рассматривается не только как *искусство* гибкого и парадоксального мышления, порой софистического, но и как способ одновременного удержания в поле зрения художника исключающих друг друга, но сосуществующих в рамках целого, вещей.

Об этих противоположностях можно сказать следующее:

1) полагается, что противоположность – это вещь, которая не просто совершенно отличается от объекта, являющегося его парой (от «диспарата», то есть такого объекта, который и не содержит указанную вещь, и не включен в нее), но и непременно обладает свойством *небытия* своей пары («контрадикция»);

2) диалектические системы – это системы со сложной структурой. Отношение, которое называют «противоречием», всегда можно разложить на ряд отношений [6, с. 63–128]. В том смысле, в каком противоположности представлены в системном виде, между ними (элементами системы) существует отношение взаимного полагания, взаимообусловленности («единство противоположностей»);

3) каждый, кто описывал диалектические системы, отмечал, что эти же противоположности (разумеется, в ином, а не в том самом отношении) исключают друг друга («несовместимость»);

4) диалектик никогда не забудет отметить свойство «взаимопревращения» противоположностей. Данное качество означает, что из тех же ве-

щей, которые при этом сохраняют свою противоположность, можно образовать иную систему с таким же концептом, но иной структурой. Здесь каждая из противоположностей приобретает свойство своей пары (они как бы меняются местами);

5) элементы системы с такой («противоречивой») структурой всегда подвижны, видоизменяются. В этом смысле система непременно эволюционирует, что, по-видимому, и дает основание говорить о том, что «противоречие есть источник развития», а диалектика в целом – это «учение о развитии». Отметим, что система при этом не обязательно превращается в другую, например, мораль остается моралью, несмотря на постоянные исторические изменения в понимании добра и зла.

В работах последователей Г.В.Ф. Гегеля описание подобных систем часто сопровождалось гипостазированием, мистическими наслоениями, приписыванием этим системам абсолютного, универсального характера. Диалектический метод обычно понимался как требование отыскивать «противоречия» где угодно с целью объяснения развития любых вещей. Развивается же все: от наиболее общих понятий до всякой вещи в природе, человеческом духе и человеческой истории.

Между тем, не все вещи *развиваются:* движение от низшего к высшему, от менее сложного к более сложному. Явно ошибочным было требование объяснять любое развивающееся явление *только* наличием внутреннего противоречия, которое также требовалось понимать как противоречие в одном и том же смысле и отношении. Разве не могут быть источником развития какие-либо случайности и сопряженные с ними флуктуации?

Научно-онтологический анализ «диалектических» *систем* естественнее всего проводить именно системным методом. Тогда вслед за представлением самой конфликтной ситуации в системном виде необходимо указать некоторые ее специфически системные характеристики – значения системных параметров. Например, первое, что бросается в глаза, – это то, что данный тип конфликтной ситуации (с «противоречивой» структурой) является системой *нестационарной*: система не могла бы сохраняться при замене ее элементов совсем другими. А поскольку элементы таких систем все же подвержены естественному и постоянному изменению, наличие «противоречий» служит для данной системы источником эволюции. Последняя выглядит как стремление к самовосстановлению структуры (*авторегенеративность по отношениям*), что также является значением общесистемного атрибутивного параметра. Если системе удается восстановить свою структуру, система в параметрической теории систем описывается как *стабильная*. Это соответствует одной из закономерностей параметрической теории систем: «Если система авторегенеративна по отношениям, то она, как правило, стабильна» [6, с. 6–128].

Слишком часто данный вид «диалектической» конфликтной ситуации смешивался с другими видами. На самом же деле здесь в одном предложении говорится о двух разных видах. Второй вид конфликтной ситуации указывает как раз на системы, в структуру которых включается отно-

шение типа «победить». Системы такого рода можно было бы назвать «альтернативными». Война – одна из моделей такого конфликта. Стороны конфликта здесь не характеризуются необходимостью выполнения требований, как в случае диалектических систем. Разумеется, не всякая борьба такого рода непременно ведется до победного конца, порой она завершается за столом переговоров, соглашением о мирном сосуществовании и невмешательстве сторон в дела друг друга. Однако, независимо от того, доведена борьба до победы или нет, альтернативные системы в своем концепте непременно содержат принцип сохранения более широкой системы, в рамках которой они функционируют.

Если же концепты разных систем не предполагают даже такой общности и один из концептов по отношению к другому выступает как «диспарат», то мы имеем дело с конфликтом третьего рода – с «несоизмеримыми» системами. Эти разные системы, конечно, также можно представить как одну систему, но лишь по реляционному концепту несоизмеримости [8, с. 251–260]. Такие конфликты, помимо интеллектуальной сферы, встречаются и в социуме. К их числу, скорее всего, относится и борьба с терроризмом.

Осознание онтологических различий трех видов конфликтных ситуаций является существенным также для понимания природы противостояния глобализма и антиглобализма. Этот конфликт явно не относится к конфликтам третьего рода: обе концепции как будто выражают искреннюю обеспокоенность будущим человечества. По-видимому, данный конфликт носит именно «диалектический» характер. Если только допустить применительно к противостоянию глобализма и антиглобализма возможность перевода конфликта первого рода в конфликт второго рода, то это далеко увело бы от провозглашаемого обеими сторонами принципа толерантности. Неужели глобалисты или антиглобалисты на самом деле непременно хотели бы уничтожить противника? Не предположить ли иное: современная цивилизация должна *навсегда* сберечь этот конфликт, введя его в культурные рамки, во имя самосохранения и гармонизации самой цивилизации? Отсюда следует и соответствующая стратегия поведения: добиваться изменений в содержании самих концепций, исключив из них средства достижения цели, которые характерны для конфликтов двух других типов.

Литература

1. Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества / М.М. Бахтин ; сост. С.Г. Бочаров, Г.С. Бернштейн и Л.В. Дерюгина ; примеч. С.С. Аверинцева и С.Г. Бочарова. – М. : Искусство, 1979. – 424 с.
2. Лефевр В.А. Конфликтующие структуры / В.А. Лефевр. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Советское радио, 1973. – 158 с.
3. Бахтин М.М. К философии поступка / М.М. Бахтин // Философия и социология науки и техники: ежегодник (1984–1985). – М. : Наука, 1986. – С. 155.
4. Бохеньский Ю. Сто суеверий: краткий философский словарь предрассудков / Ю. Бохеньский. – пер. с польск. – М. : Прогресс-VIA, 1993. – 187 с.

5. Ішмуратов А.Т. Конфлікт і згода: основи когнітивної теорії конфліктів / А.Т. Ішмуратов. – К. : Наукова думка, 1996. – 191 с.
6. Ujomow A. Ogylna teoria systemyw dla humanistyw / A. Ujomow, I. Sarajewa, A. Cofnas. – Warszawa : Uniwersitas Rediviva, 2001. – 276 p.
7. Уемов А.И. Теоретико-системный подход к построению классификации конфликтов / А.И. Уемов, Н.П. Савусин // Теория, методология и практика научного и технического творчества. – О. : ОПУ, 1993. – С. 125–128.
8. Цофнас А.Ю. Теория систем и теория познания : [монография] / А.Ю. Цофнас. – О. : Астропринт, 1999. – 308 с.

Аннотация

Овчинникова А. П. **Гармонизация культур и диалектический характер диалога.** – Статья.

Статья посвящена исследованию методологического смысла понятия «диалог». Утверждается, что внимание участников сосредотачивается не столько на предмете диалога, сколько на людях, ведущих беседу или спор, на их интенциях и ценностях.

Ключевые слова: диалог, конфликт, диалектика, культура, философия.

Анотація

Овчиннікова А. П. **Гармонізація культур і діалектичний характер діалогу.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню методологічного змісту поняття «діалог». Стверджується, що увага учасників зосереджується не стільки на предметі діалогу, скільки на людях, які ведуть бесіду чи спір, на їх інтенціях і цінностях.

Ключові слова: діалог, конфлікт, діалектика, культура, філософія.

Summary

Ovchinnikova A. P. Harmonization of cultures and dialectic character of a dialogue. – Article.

This article is dedicated to research of the systematic sense of the notion of “dialogue”. It is stated, that the attention of the participants is concentrated not so much on the dialogue, as on the people, the values, and intentions.

Key words: dialogue, conflict, dialectics, culture, philosophy.

УДК 342.97

С. Г. Братель

КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР

Актуальність дослідження. Останнім часом особлива увага зосереджується на вивчені процедурно-процесуального характеру адміністративно-правового регулювання. Основним елементом дослідження цього питання є адміністративна процедура, яка виконує роль ланки, що надає адміністративно-правовим відносинам врегульовану нормами форму, що забезпечує реалізацію права, свободи громадян і забезпечує їх інтереси.

Прийняття рішень, пов'язаних із захистом прав і свобод людини, взаємозалежне з правильним законодавчим забезпеченням та оформленням, яке виражається через правильно побудовану класифікаційну систематизацію адміністративних процедур, до яких повинні висуватися різні вимоги щодо підготовки та практичного втілення.

Метою статті є аналіз природи класифікацій адміністративних процедур з точки зору критеріїв, а також дослідження сутності та правової природи адміністративних процедур як форми правозастосовчої практики в адміністративно-правовій сфері з урахуванням особливостей класифікаційних вимог характеристики правової природи різних адміністративних процедур.

Необхідність вивчення адміністративних процедур через систему класифікаційних вимог полягає в тому, що у зв'язку з реалізацією адміністративної реформи, вдосконаленням системи забезпечення прав і свобод громадян, а також в умовах гармонізації національного законодавства з нормами європейського права постала необхідність класифікації адміністративних процедур для вдосконалення виконання функцій публічного управління.

Важливим чинником подальшого розвитку України як демократичної та правової держави є закріплення в чинному законодавстві нормотворчих і правозастосовчих адміністративних процедур, які б, з одного боку, організовували діяльність державних службовців, а з іншого – свідчили би про прозорість їхньої діяльності та відповідний рівень гарантування реалізації та захисту прав громадян.

Чинне законодавство України, що складається з адміністративно-процедурних норм, є частково кодифікованим. Більшість адміністративно-про-

© Братель С. Г., 2014

цедурних норм сьогодні розпорошені по чисельним нормативно-правовим актам і потребують систематизації.

Останні дослідження. Питанням вивчення адміністративних процедур займалися такі вчені, як В.Б. Авер'янов, С.Т. Гончарук, А.Б. Зеленцов, В.Ю. Кікінчук, Д.А. Козачук, В.К. Колпаков, П.І. Кононов, О.В. Кузьменко, О.С. Лагода, І.М. Лазарев, М.В. Лошицький, О.І. Миколенко, С.Г. Стеценко, Е.В. Талапіна, Ю.А. Тихомиров, С.Д. Хазанов.

Виклад основного матеріалу. Класифікація адміністративних процедур характеризується великою кількістю критеріїв розподілу за широким колом ознак. Відповідно до класифікації адміністративних процедур у вітчизняній адміністративно-правовій науці, вони поділяються на процедури у справах за зверненнями громадян; процедури у справах про адміністративні правопорушення; заохочувальні; дозвільно-реєстраційні; контрольно-наглядові; установчі; процедури щодо підготовки та прийняття управлінських актів; щодо застосування заходів адміністративного припинення; з питань діловодства та документообігу; з питань кадрової роботи; щодо організації внутрішньоапаратної діяльності; щодо індивідуальних звернень юридичних осіб з питань управлінського характеру тощо [1, с. 87–88].

У практиці країн Європи адміністративна процедура поділяється на непозовну та позовну. Критерієм цієї класифікації виокремлюється ще спір у відносинах між адміністративним органом і приватною особою. Непозовною адміністративною процедурою називають порядок вирішення адміністративних справ, які не передбачають «юрисдикційного» розгляду спору. Спірною адміністративною процедурою вважається порядок розгляду та вирішення адміністративним органом спору, тобто те, що у вітчизняному праві називається адміністративним оскарженням [2].

Зазначимо, що акт адміністративного оскарження права передбачає два механізми адміністративного оскарження: подання заперечення (вимоги проти розпорядження від того адміністративного органу, який видав розпорядження) та подання адміністративної апеляції (вимоги проти розпорядження від іншого адміністративного органу, ніж той, що видавав розпорядження).

Ознаками, що вирізняють юрисдикційні процедури, є порядок діяльності юрисдикційних органів; регулювання порядку взаємовідносин сторін у конфлікті; змагальність сторін; регулювання порядку застосування санкцій матеріальних норм; високий рівень правової регламентації; кінцевий результат – прийняття правозастосовчого акта.

Натомість ознаками, що вирізняють неюрисдикційні процедури, є відсутність санкцій при правовому регулюванні; встановлений порядок діяльності органів публічного адміністрування; відсутність спору, що призводить до необхідності здійснення адміністративно-управлінської діяльності – до прийняття індивідуальних адміністративно-правових актів. Серед юрисдикційних процедур можна виділити процедури у справах про адміністративні правопорушення; процедури в адміністративних судах з приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних органів та посадових осіб;

дисциплінарні процедури; процедури, пов'язані з розглядом скарг приватних осіб щодо діяльності органів влади та посадових осіб.

Адміністративні процедури, що мають неюрисдикційний характер, виникають у процесі виконавчо-розпорядчої діяльності уповноважених органів влади. До цієї категорії процедур відносять нормотворчі процедури (діяльність уповноважених органів або посадових осіб щодо підготовки та ухвалення правових актів), правозастосовні процедури (діяльність уповноважених органів або посадових осіб щодо вирішення адміністративних справ із застосуванням норм адміністративного права), реєстраційні процедури (діяльність уповноважених органів або посадових осіб щодо офіційного визнання законності відповідних дій чи нормативно-правових актів), атестаційні процедури (діяльність щодо визначення відповідності об'єктів атестації вимогам, необхідним для функціонування у певній сфері), контрольно-наглядові процедури (діяльність щодо здійснення контролю та нагляду у сфері публічного управління тощо) [3, с. 267].

Одним із видів адміністративних процедур є заохочувальні процедури, які встановлюються нормами адміністративного права та є формою реалізації методу заохочення, порушуються на підставі наявності заохочувального вчинку і клопотання щодо заохочення відповідної особи, здійснюються за обов'язковою участю органу публічного управління, відбуваються за обмеженою участю зацікавленої особи.

Д.А. Козачук поділяє заохочувальні адміністративні процедури за територіальними межами застосування заохочення (загальнодержавні, регіональні, локальні), за характером управлінських відносин, в яких застосовуються заохочення (горизонтальні та вертикальні), за сферою застосування заохочення (загальні, відомчі та спеціальні), за суб'єктом ініціювання (субординаційні та реординаційні); за обсягом процедурних дій (прості та складні), за спрямованістю процедури (зовнішні та внутрішні). Залежно від участі суб'єкта в реалізації своїх повноважень можна виокремити лідируючих суб'єктів; осіб, що мають особисту зацікавленість; осіб, що сприяють реалізації заохочувальної процедури [4].

Отже, адміністративну процедуру можна визначити як визначений законодавством порядок сукупності послідовно вчинюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень із розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта та його виконанням.

За аналогією адміністративну процедуру можна охарактеризувати через призму таких ознак: сукупність послідовність дій, яка регулюється нормами права та структурована відповідними правовідносинами; послідовність дій, що об'єднані спільною метою; ієрархічність структури; динамічність та обслуговуючий характер [5].

Обслуговуючий характер адміністративних процедур свідчить про те, що вони функціонують у сфері публічного управління. С.Д. Хазанов поділяє їх на три загальні групи: процедури внутрішньої організації публічної адміністрації, процедури взаємодії між суб'єктами публічної адміністрації

та процедури взаємодії публічної адміністрації з фізичними та юридичними особами [6, с. 58].

Водночас І.М. Лазарєв виділяє адміністративні процедури, які уповноважені виконувати органи виконавчої влади: правопредставницькі процедури; процедури, пов'язані із забезпеченням виконання обов'язків громадянами та їх організаціями; ліцензійно-дозвільні процедури; реєстраційні процедури; контрольно-наглядові процедури; державно-заохочувальні процедури [7, с. 16].

Відповідно до рівня урегульованості адміністративні процедури можна поділити на звичайні та спрощені, або формальні та неформальні. Звичайна (формальна) процедура є типовим варіантом процедури, що в чітко визначеній законом формі має всі складові (стадії, етапи, дії), дотримання яких є необхідною умовою законності прийнятого рішення органом публічної адміністрації. Спрощена (неформальна) процедура дозволяє прийняти рішення в адміністративній справі в порядку, який не виходить за межі законності, але при цьому характеризується мінімальною кількістю процесуальних елементів [8, с. 57].

Заохочувальні адміністративні процедури характеризуються правовою природою та суб'єктами, на які поширюється дія заохочувальних норм.

До правової природи адміністративних процедур належать матеріальні норми адміністративного права, які формулюють підстави та види заохочень, що можуть застосовуватися до відповідних осіб, а також процесуальні норми адміністративного права, що забезпечують порядок реалізації норм матеріального характеру та регулюють порядок застосування заохочень. Також є загальні норми, які можуть бути застосовані до будь-яких суб'єктів (громадян, іноземців, осіб без громадянства), та спеціальні норми, які можуть бути застосовані до осіб зі спеціальним правовим статусом (державних службовців, військовослужбовців, учених тощо) [9].

Адміністративні процедури проходження служби в органах внутрішніх справ визначаються як урегульований адміністративно-правовими нормами та обов'язковий для виконання порядок розгляду та вирішення внутрішньоорганізаційних індивідуальних справ, пов'язаних зі службовою діяльністю. Різноманіття адміністративної діяльності органів публічного управління в цілому та органів внутрішніх справ зокрема вимагає введення і використання різних адміністративних процедур. По-перше, виділяють позитивні адміністративні процедури, спрямовані на впорядкування основних видів адміністративної діяльності органів публічного управління. По-друге, виокремлюють колізійні процедури, які використовують при розгляді спорів і вирішенні розбіжностей.

Залежно від компетенцій органів виконавчої влади адміністративні процедури поділяють на організаційні процедури (діловодство, підбір і розстановка кадрів, розподіл посадових обов'язків та інших); нормотворчі процедури (підготовка та прийняття нормативних та індивідуальних актів); інформаційні процедури; адміністративні процедури, пов'язані зі здійсненням організаційно-технічних дій; адміністративно-управлінські процедури,

пов'язані з розподілом, перерозподілом і делегуванням повноважень; адміністративні процедури, пов'язані зі здійсненням юридично значущих дій; контрольно-наглядові процедури; адміністративні процедури, пов'язані з розглядом пропозицій і заяв, та інші юрисдикційні процедури; адміністративні процедури, що реалізуються в надзвичайних ситуаціях і особливих конституційно-правових і адміністративно-правових режимах; адміністративні процедури координації та взаємодії; адміністративні процедури, що реалізуються в рамках дозвільної системи, у сфері охорони громадського порядку і забезпечення громадської безпеки, а також забезпечення безпеки громадян [10, с. 4].

Існує ще одна класифікація адміністративних процедур у правоохоронній сфері за такими критеріями: залежно від форми зовнішнього вираження, за поширеністю, залежно від мети, залежно від ініціативи, за рівнем правового регулювання, залежно від правового результату.

Залежно від форми зовнішнього вираження до адміністративних процедур належать процедури професійного відбору та прийняття на службу в органи внутрішніх справ; процедури переміщення і просування по службі; процедури присвоєння, зниження та позбавлення спеціальних звань; процедури професійної підготовки персоналу в органах внутрішніх справ; атестаційні процедури в органах внутрішніх справ; процедури оцінювання службової діяльності працівників органів внутрішніх справ; процедури стимулювання праці та притягнення до дисциплінарної відповідальності працівників органів внутрішніх справ; процедури забезпечення особистої безпеки працівників органів внутрішніх справ; процедури розгляду звернень, рапортів або заяв працівників органів внутрішніх справ; процедури звільнення зі служби в органах внутрішніх справ.

Відповідно до поширеності адміністративні процедури поділяються на обов'язкові адміністративні процедури проходження служби та необов'язкові (факультативні) адміністративні процедури. Залежно від мети виокремлюються регулятивні адміністративні процедури та охоронні процедури. Залежно від ініціативи розрізняють адміністративні процедури, що ініціюються суб'єктом, який наділений владними повноваженнями, та адміністративні процедури, що ініціюються суб'єктом, який не наділений владними повноваженнями. За рівнем правового регулювання адміністративні процедури поділяються на ті, які регламентовані законодавчими актами, та ті, які регламентовані підзаконними актами. Залежно від правового результату адміністративні процедури бувають або пов'язані з прийняттям правового акта або не пов'язані з прийняттям правового акта [11].

Усі види діяльності адміністративних органів також можна умовно поділити на «внутрішньоспрямовані» і «зовнішньоспрямовані» [12, с. 199]. Внутрішньоспрямовані адміністративні процедури реалізуються без залучення приватних осіб у межах системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, тоді як зовнішньоспрямовані процедури передбачають наявність, окрім адміністративного органу, приватної (фізичної або юридичної) особи [13, с. 10]. Якщо в зовнішньоспрямованій діяльності

однією зі сторін відносин є не залучений до структури органу суб'єкт, то процедура може бути визначена як «заявна», що розпочинається з подачі заяви особи, або «втручальна», яка розпочинається за ініціативою адміністративного органу.

Висновок. Найбільш поширеною класифікацією адміністративних процедур є їх розподіл на юрисдикційні та неюрисдикційні. Юрисдикційними слід вважати процедури, спрямовані на вирішення справ про адміністративні правопорушення та інші правові спори, тобто вони передбачають наявність конфлікту при вирішені. На відміну від неюрисдикційних проваджень (справ позитивного характеру), основним завданням юрисдикційних проваджень є вирішення спору, а одним із результатів юрисдикційних проваджень є негативні наслідки для однієї зі сторін спору або застосування адміністративних стягнень для порушника норм адміністративного законодавства. Класифікація адміністративних процедур має широке розмаїття критеріїв їх поділу, що залежить від правової сфери; суб'єктів діяльності; мети виконання; обов'язковості участі у здійсненні адміністративних процедур; ініціативи виконання; функціональної спрямованості. Єдиних критеріїв для подібних класифікацій не існує, і, безперечно, важливою залишається проблема розмежування адміністративних процедур за сферами функціонування, оскільки це допоможе поліпшити гарантування виконання реалізаційних заходів із забезпечення врегулювання відносин між державою та громадянами.

Література

1. Гончарук С. Т. Основи адміністративного права України : [навч. посіб.] / С. Т. Гончарук. – К. : Аванпост-Прим, 2004. – 200 с.
2. Зеленцов А. Б. Контроль за деятельностью исполнительной власти в зарубежный странах : [учеб. пособ.] / А. Б. Зеленцов. – М. : Изд-во РУДН, 2002. – 190 с.
3. Стеценко С. Г. Адміністративне право України : [навч. посіб.] / С. Г. Стеценко. – К. : Атіка, 2008. – 624 с.
4. Заохочувальні адміністративні процедури: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право»/ Д. А. Козачук ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – О., 2010. – 18 с.
5. Миколенко О. І. Адміністративні процедури та структура адміністративного процесу / О.І. Миколенко // Ринкова економіка: сучасна теорія і практика управління. Збірник наукових праць. – 2008. – Т. 11. – Вип. 22. – Ч. 2. – С. 58–62.
6. Хазанов С. Д. Административные процедуры: определение и систематизация / С. Д. Хазанов // Российский юридический журнал. – 2003. – № 1. – С. 58–63.
7. Лазарев И. М. Административные процедуры в сфере взаимоотношений граждан и их организаций с органами исполнительной власти в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право; финансовое право; информационное право» / И. М. Лазарев. – М., 2002. – 20 с.
8. Кононов П. И. Административное право. Общая часть : [курс лекций] / П. И. Кононов. – Киров, 2002. – 416 с.
9. Козачук Д. А. Класифікація заохочувальних процедур у сфері державного управління / Д. А. Козачук // Митна справа. – 2009. – № 6 (66). – Ч. 2. – С. 299–305.
10. Тихомиров Ю. А. Адміністративні процедури і право / Ю. А. Тихомиров, Е. В. Талапіна // Журнал російського права. – 2002. – 4. – С. 4.

11. Кікінчук В. Ю. Адміністративні процедури проходження служби в органах внутрішніх справ: сутність та види / В. Ю. Кікінчук // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – Вип. 4 (47). – С. 238–245.
12. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Факт, 2003. – 384 с.
13. Лагода О. С. Адміністративна процедура: теорія і практика застосування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. С. Лагода. – Ірпінь, 2007. – 21 с.

Анотація

Братель С. Г. **Класифікація адміністративних процедур.** – Стаття.

У статті розглянуто типові класифікації адміністративних процедур за різними критеріями, наведені найбільш поширені їх види та проаналізовано природу адміністративних процедур у їх взаємозв'язку та відповідні ознаки.

Ключові слова: адміністративні процедури, критерії, класифікація, адміністративне провадження, правозастосовчий акт.

Аннотация

Братель С. Г. **Классификация административных процедур.** – Статья.

В статье рассмотрены типичные классификации административных процедур по различным критериям, приведены наиболее распространенные виды их классификации и рассмотрена природа административных процедур в их взаимосвязи и соответствующие признаки.

Ключевые слова: административные процедуры, критерии, классификация, административное производство, правоприменительный акт.

Summary

Bratel S. G. **Classification of administrative procedures.** – Article.

In the article the typical classification of the administrative procedures according to various criteria are describe, the most common types of classification are outlined, the nature of administrative procedures in their relationship and the respective signs are shown.

Key words: administrative procedures, criteria, classification, administrative procedures, law enforcement act.

УДК 343.103

О. О. Подобний

НЕГЛАСНІ ФОРМИ РОЗСЛІДУВАННЯ В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. У сучасних умовах максимального зближення оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) та кримінального провадження в теоретичному плані з особливою гостротою актуалізується питання про співвідношення цих видів державно-правових функцій. Водночас розуміння цього питання є надзвичайно важливим також у практичному плані з огляду на законодавчу вимогу забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування та судового розгляду. Осердям вирішення проблеми визначення наведеного співвідношення є обґрунтування концепції єдності таких центральних категорій ОРД й кримінального провадження, як оперативна розробка та негласне розслідування. Існування останнього кримінально-процесуального інституту де-факто визначається Главою 21 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України).

Аналіз досліджень і публікацій. Загальнотеоретичні проблеми оперативної розробки як окремої організаційно-тактичної форми ОРД закладалися переважно в 1980-х – на початку 1990-х рр. у працях В.Г Боброва, Б.Є. Богданова, Ю.І. Веселова, А.Ф. Возного, Е.О. Дідоренка, С.С. Овчинського, В.Г. Самойлова [1–5]. Серед українських учених, які пізніше докладно займалися цією проблематикою, необхідно виділити здобутки О.М. Бандурки та І.П. Козаченка [6; 7]. Однак найбільш повно в теоретичному плані (на рівні докторської дисертації) цю проблему досліджено В.Г. Бобровим, який оперативну розробку обґрунтував як форму ОРД. Зокрема, вона дозволяє концентровано використовувати весь арсенал засобів і методів, фіксувати всю корисну в боротьбі зі злочинністю інформацію та конспірувати негласно здійснюваний процес «розкриття» злочинів і розшуку осіб, які їх вчинили. За допомогою оперативної розробки стає можливим проникнення в таємниці злочинців, встановлення фактів та обставин, необхідних для їх викриття, отримання інформації, узагальнення

© Подобний О. О., 2014

якої сприяє більш ефективній розстановці негласних працівників і вдосконаленню оперативно-розшукової тактики [5, с. 3].

З прийняттям КПК України 2012 р. проблеми негласного розслідування в цілому та в частині проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) зокрема привертали увагу багатьох учених, серед яких слід виділити насамперед роботи М.П. Водька, Д.Й. Никифорчука, М.А. Погорецького [8–10].

Метою статті є обґрунтування концепції єдності оперативної розробки та негласного розслідування.

Виклад основного матеріалу дослідження. На сьогодні в теорії ОРД існує значний спектр поглядів на поняття й сутність оперативної розробки. А.Ф. Возний ще в 1973 р. надає дефініцію «агентурна розробка», водночас наголошуючи на тому, що в спеціальній літературі цей термін і категорія «оперативна розробка» вживаються як рівнозначні [4]. У зв'язку із цим неодноразово підкреслювалося, що обидві дефініції мають право на існування, проте термін «оперативна розробка» більш точно відображає змістовні ознаки цієї форми ОРД та орієнтує свідомість працівників оперативних підрозділів на комплексне використання всього інструментарію роботи. Із цього приводу ще А.І. Алєксєєв і Г.К. Синілов наголошували, що орієнтація на комплексне застосування всіх сил, засобів і методів ОРД в документуванні злочинної діяльності робить поняття «оперативна розробка» більш вдалим, ніж поняття «агентурна розробка» [11]. Маємо приєднатися до останньої з наведених позицій учених і підкреслити, що відсутність єдиного й чіткого розуміння сутності та змісту важливих понять ОРД, на наше переконання, не лише призводить до зниження практичної значимості результатів наукових досліджень, а й негативно впливає на практичну діяльність оперативних підрозділів.

Професор В.Г. Самойлов оперативну розробку визначив як процес здійснення оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ) щодо особи чи групи осіб, які обґрунтовано підозрюються у вчиненні злочинів, з метою запобігання їм, якщо іншим способом цього досягти неможливо або важко [2]. Суттєво доповнив це визначення Б.Є. Богданов: процес негласної реалізації комплексу узгоджених, взаємопов'язаних, підготовлених на основі передового досвіду досягнень науково-технічного прогресу та положень науки управління ОРЗ щодо особи чи групи осіб, які обґрунтовано підозрюються у вчиненні протиправних діянь, з метою попередження чи «розкриття» злочинів або щодо злочинців, які переховуються, з метою їх розшуку, коли іншим шляхом досягнути означеної мети неможливо або надто складно [12, с. 4].

Подібна еволюція поглядів щодо сутності оперативної розробки привела до такого її розуміння, яке безперечно сприймалося до прийняття КПК України 2012 р. Відповідно до нього під оперативною розробкою розуміли комплексну систему ОРЗ, здійснюваних оперативними підрозділами в межах заведених ОРС щодо особи або групи осіб, обґрунтовано підозрюваних у підготовці чи вчиненні злочинів, з метою їх попередження або

«розкриття», а також щодо злочинців, які переховуються від слідства, суду чи відбування кримінального покарання, для їх розшуку й затримання, або встановлення місця перебування особи, яка зникла безвісти, якщо іншим шляхом досягти цих результатів неможливо чи надто важко [13].

Нині з прийняттям КПК України 2012 р. та внесенням змін у Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» відбулося максимальне зближення оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної правоохоронних функцій, що привело до фактичної імплементації в кримінальне судочинство ОРЗ у формі НС(Р)Д, передбачених Главою 21 КПК України. Що стосується проблем оперативної розробки, то підставами для проведення ОРД відповідно до вказаних законодавчих змін залишилися «наявність достатньої інформації, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів», лише «про злочини, що готуються, та осіб, які готують злочини». Підстави, обумовлені інформацією про тяжкі й особливо тяжкі злочини, вчинені невстановленими особами, про осіб, які вчинили такі злочини, якщо відомості про злочини та осіб, які їх вчинили, неможливо отримати в інший спосіб, відповідно до положень КПК України 2012 р. автоматично обумовлюють початок досудового розслідування, яке, відповідно до рішення слідчого, прокурора, слідчого судді, може здійснюватися шляхом проведення НС(Р)Д, строк проведення яких є традиційним для ОРД – шість місяців із можливістю продовження до дванадцяти й вісімнадцяти місяців. Проводити НС(Р)Д має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або уповноважені оперативні підрозділи за його дорученням (ст. 246 КПК України). Причому негласність такого розслідування забезпечується ч. 2 ст. 253 та ст. 254 КПК України, які передбачають, зокрема, порядок, відповідно до якого конкретний час повідомлення особі про те, що щодо неї проводилися НС(Р)Д, визначається з урахуванням наявності або відсутності загроз для досягнення мети досудового розслідування, суспільної безпеки, життя чи здоров'я осіб, які причетні до проведення НС(Р)Д. Відповідне повідомлення про факт і результати НС(Р)Д повинне здійснюватися протягом дванадцяти місяців із дня припинення таких дій, проте не пізніше звернення до суду з обвинувальним актом [14; 15].

З наведених законодавчих положень, аналізу практики ОРД та кримінального процесу можна зробити низку висновків.

По-перше, оперативна розробка як організаційно-тактична форма ОРД та негласне розслідування об'єднують комплекс ОРЗ та НС(Р)Д, спрямованих на виявлення й фіксацію даних про обставини підготовки, вчинення й приховування злочинів, про склад і рольові функції учасників злочинних дій, їх місцезнаходження, про послідовність вчинення злочину (злочинів), про засоби протидії кримінального середовища встановленню істини в справі тощо.

По-друге, комплексність застосування ОРЗ та НС(Р)Д обумовлює пріоритетність їх поєднання у вирішенні різних тактичних завдань із метою досягнення можливості припинення злочинних дій на ранній стадії, зби-

рання повної, достатньої інформації з метою розслідування вчинюваних або вчинених злочинів.

По-третє, оперативна розробка як найвища та достатньо складна організаційно-тактична форма ОРД, а також негласне розслідування містять увесь арсенал оперативно-розшукової діяльності та застосовуються в припиненні й розслідуванні не будь-якого злочину, а лише тих видів і форм злочинної діяльності, що становлять підвищену суспільну небезпеку, за своїм характером є складними в їх своєчасному виявленні й повному розслідуванні.

З огляду на зазначене, а також на позиції науковців, висловлені в спеціальній літературі [13, с. 457–458], можемо сформулювати завдання, що вирішуються в межах оперативної розробки та негласного розслідування. Серед них основними є такі:

1) попередження або припинення тяжких чи особливо тяжких злочинів, що готуються;

2) встановлення всіх учасників угруповання, функцій кожного;

3) документування конкретних фактів (епізодів) злочинних дій;

4) запобігання можливості розроблюваних ухилитися від слідства й суду, чинити протидію встановленню істини;

5) забезпечення безпеки учасників оперативно-розшукової діяльності, кримінального провадження, працівників суду й правоохоронних органів, їх близьких.

До інших завдань належать такі: встановлення способів втягнення в організовану злочинну діяльність нових учасників, корумпованих зв'язків, створення системи власної безпеки й організації протидії правоохоронним органам; встановлення факту існування економічного підґрунтя злочинної діяльності, системи розподілу кримінальних доходів, їх легалізації; забезпечення відшкодування матеріальних збитків, завданих діями розроблюваних і їх співучасників; затримання розшукуваних злочинців; виявлення й усунення умов, які сприяють вчиненню злочинів.

Із цього переліку завдань оперативної розробки й негласного розслідування постає, що вони за своїм змістом спрямовуються на вирішення в цілому завдань кримінального судочинства, передбачених ст. 2 КПК України 2012 р.

Таким чином, слід констатувати, що оперативна розробка й негласне розслідування виконують комплексну функцію створення оптимальних умов ефективної реалізації кримінального процесуального доказування на всіх стадіях розслідування злочинів, забезпечуючи втілення в життя принципу невідворотності покарання. Такий підхід додатково підтверджує об'єктивність та обґрунтованість концепції теорії ОРД, підтриманої в теорії кримінального процесу [16, с. 269–270], що вони є самостійними державно-правовими функціями боротьби зі злочинністю та в сукупності складають єдність кримінального судочинства.

В умовах дії КПК України 1960 р. догми про доказування як винятково кримінально-процесуальну функцію негативно впливали на практичну діяльність. Унаслідок розпорошеності суб'єктів ОРД й кримінального

процесу часто порушувалися принципи повноти, об'єктивності процесу доказування, який переважно реалізовувався не завдяки їх об'єднаним зусиллям, а послабленим можливостям слідчого. Тому оперативна розробка й негласне розслідування як складна форма комплексного застосування ОРЗ та НС(Р)Д повинна використовуватися в тих випадках, коли лише засобами ОРД, як і гласними кримінально-процесуальними діями, неможливо припинити чи розслідувати складні суспільно небезпечні діяння.

Висновки. Вочевидь, за таких умов майже повної ідентичності негласних форм розслідування в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному провадженні можна запропонувати концепцію єдності оперативної розробки й негласного розслідування. Під такою концепцією ми розуміємо комплексну систему ОРЗ та НС(Р)Д, що здійснюється за умов неможливості досягнення завдань кримінального судочинства в інший спосіб, а саме: 1) оперативними підрозділами в межах заведеної ОРС щодо особи або групи осіб, які обґрунтовано підозрюються в підготовці тяжких чи особливо тяжких злочинів, з метою їх попередження або припинення, щодо підозрюваних (обвинувачених), які переховуються від слідства, суду, відбування кримінального покарання, для їх розшуку й затримання, для встановлення місця перебування особи, яка безвісти зникла; 2) слідчим, прокурором, оперативними підрозділами за їх дорученням у межах кримінального провадження щодо особи чи групи осіб, які обґрунтовано підозрюються у вчиненні вказаних злочинів, а також для забезпечення безпеки працівників суду й правоохоронних органів, осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, членів їх сімей і близьких родичів із метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя.

Література

1. Бобров В.Г. Правовые и организационные основы оперативной разработки, пути и меры ее совершенствования (вопросы теории и практики) : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / В.Г. Бобров ; Академия МВД СССР. – М., 1990. – 286 с.
2. Самойлов В.Г. Понятие и задачи агентурной разработки : [матер. к лекции для слушателей и курсантов учеб. завед. МВД СССР] / В.Г. Самойлов. – М. : УУЗиНИУ МВД СССР, 1984. – 25 с.
3. Веселов Ю.И. Оперативная разработка преступных групп : [учеб. пособие] / Ю.И. Веселов, А.М. Царегородцев. – Омск : ОВШМ МВД СССР, 1982. – 80 с.
4. Возный А.Ф. Основные положения оперативной разработки: обзорная лекция / А.Ф. Возный. – К. : КВШ МВД СССР, 1973. – 40 с.
5. Овчинский С.С. Оперативная разработка, осуществляемая аппаратами уголовного розыска : [учеб. пособие] / С.С. Овчинский, С.М. Савченко, А.И. Царев. – М. : МВШМ МВД СССР, 1982. – 87 с.
6. Бандурка А.М. Оперативно-розыскная деятельность: правовой анализ / А.М. Бандурка, А.В. Горбачев. – К. : РИО МВД Украины, 1994. – 160 с.
7. Козаченко І.П. Оперативно-розшукова діяльність як державно-правова форма боротьби зі злочинністю : [навч. посібник] / І.П. Козаченко. – К. : НАВСУ, 1995. – 210 с.

8. Водько Н.П. О соотношении негласных следственных (розыскных) действий и оперативно-розыскных мероприятий в Украине / Н.П. Водько // Оперативник (сыщик). – 2013. – № 1(34). – С. 6–12.
9. Никифорчук Д.Й. Проблемні питання проведення оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій / Д.Й. Никифорчук, А.О. Кравченко, А.М. Копилов // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 4. – С. 173–180.
10. Погорецький М.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні / М.А. Погорецький // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 270–276.
11. Алексеев А.И. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел / А.И. Алексеев, Г.К. Синилов. – М. : Изд-во ВНИИ МВД СССР, 1973. – 200 с.
12. Богданов Б.Е. Организация и тактика оперативной разработки аппаратами БХСС лиц, занимающихся замаскированной преступной деятельностью / Б.Е. Богданов. – М. : Академия МВД СССР, 1983. – 36 с.
13. Теория оперативно-розыскной деятельности : [учебник] / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. – М. : ИНФРА-М, 2008. – 832 с.
14. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-XII (у редакції Закону України від 13.04.2012 р. № 4652-VI) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.
15. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651а-17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.
16. Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : [монографія] / М.А. Погорецький. – Х. : Арсіс ЛТД, 2007. – 576 с.

Анотація

Подобний О. О. **Негласні форми розслідування в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному провадженні.** – Стаття.

У статті на основі дослідження ретроспективи наукового розуміння негласних форм розслідування в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному провадженні, аналізу чинного оперативно-розшукового й кримінального процесуального законодавства обґрунтовано концепцію єдності оперативної розробки та негласного розслідування, а також надано визначення останнього.

Ключові слова: оперативно-розшукові заходи, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативна розробка, негласне розслідування.

Аннотация

Подобный А. А. **Негласные формы расследования в оперативно-розыскной деятельности и уголовном производстве.** – Статья.

В статье на основе исследования ретроспективы научного понимания негласных форм расследования в оперативно-розыскной деятельности и уголовном производстве, анализа действующего оперативно-розыскного и уголовного процессуального законодательства обоснованно концепцию единства оперативной разработки и негласного расследования, а также дано определение последнего.

Ключевые слова: оперативно-розыскные мероприятия, негласные следственные (розыскные) действия, оперативная разработка, негласное расследование.

S u m m a r y

Podobnyy A. A. **Covert forms of investigation in operatively-search activity and criminal proceedings.** – Article.

In the article on the basis of retrospective studies of scientific understanding of covert forms of investigation in operatively-search activity and criminal proceedings and analysis of the current operatively-search and criminal procedural legislation the concept of unity of rapid development and covert investigation are substantiated and the definition of the latter is provided.

Key words: operatively-search operations, covert investigative actions, operational designing, covert investigation.

УДК 352.001(477)

Н. В. Мішина

СУЧАСНІ ПРОЦЕСИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА РЕФОРМУВАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

На сучасному етапі розбудови демократичної держави в Україні підвищується увага до процесів децентралізації виконавчої влади, які тісно пов'язані з процесами зміцнення місцевого самоврядування. Президентом України було розроблено й подано до Верховної Ради України відповідний проект закону про внесення змін і доповнень до Конституції України, а парламентом та органами виконавчої влади, насамперед Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, прийнято низку нормативних актів, спрямованих на нормативне забезпечення цієї ініціативи Президента України.

Однак реформа ще триває, а її наукове забезпечення є надзвичайно актуальним. Справа в тому, що, по-перше, з огляду на кризові явища в державі реформа відбувається значно повільнішими темпами, ніж планувалося. По-друге, незважаючи на те, що реформу було оголошено навесні 2014 р., поки що не існує достатньої кількості праць з аналізом її етапів, концепції, мети тощо. Усе це робить підтримку децентралізаційних прагнень України не лише актуальною, а й нагальною.

Зазначимо, що в Україні є багато публікацій наукового й науково-практичного характеру, присвячених децентралізації. Їх можна умовно поділити на 2 групи. Публікації першої групи датуються початком 1990-х рр., коли після проголошення незалежності України активно обговорювалася ідея федеративного державного устрою (це пов'язано з іменами таких дослідників, як О. Копиленко, С. Адамович, О. Шаблій та інші). Друга група публікацій пов'язана із черговим етапом адміністративної реформи в Україні (роботи таких авторів, як В. Міщук, В. Литвін, О. Скрипнюк та інші). Більшість праць цього періоду розглядають децентралізацію через необхідність докладання зусиль до реформування переважно органів виконавчої влади.

З огляду на те, що сучасні децентралізаційні ініціативи значно більшу увагу приділяють реформуванню місцевого самоврядування (а не органів

© Мішина Н. В., 2014

державної влади), заповнення відповідної прогалини є важливим науковим завданням.

Метою статті є аналіз пропозицій щодо сучасного етапу децентралізації публічної влади в Україні.

Дослідники, характеризуючи децентралізацію, часто використовують також терміни «деволюція», «делегування», «деконцентрація». На нашу думку, співвідношення між ними й поняттям «децентралізація» полягає в таких особливостях:

– деволюція характеризується переважно політичною складовою, тобто в разі здійснення деволюції публічної влади мова йде про надання місцевим органам політичної автономії, а разом із нею – нових повноважень і фінансових ресурсів для їхньої реалізації;

– деконцентрація характеризується переважно адміністративною складовою, тобто в разі здійснення деконцентрації публічної влади центральні органи залучають місцеві органи до здійснення їхніх повноважень, проте політичної автономії місцеві органи не отримують.

Як деволюція, так і деконцентрація передбачають перерозподіл повноважень між органами державної влади, натомість делегування може застосовуватися також до взаємовідносин органів державної влади й органів місцевого самоврядування.

Деволюція, деконцентрація та делегування є проявами децентралізації державної влади.

Проаналізувати презентовані й частково реалізовані в 2014 р. процеси децентралізації виконавчої влади та реформування місцевого самоврядування в Україні можна на підставі нормотворчості відповідних органів державної влади.

1 квітня 2014 р. Розпорядженням Кабінету Міністрів України № 333-р було ухвалено Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (далі – Концепція) [1].

Аналіз вступної частини Концепції свідчить, що основними проблемами визначено такі:

– погіршення якості й доступності публічних послуг унаслідок ресурсної неспроможності більшості органів місцевого самоврядування здійснювати власні та делеговані повноваження;

– зношеність теплових, каналізаційних, водопостачальних мереж і житлового фонду та ризик виникнення техногенних катастроф в умовах обмеженості фінансових ресурсів місцевого самоврядування;

– складна демографічна ситуація в більшості територіальних громад (старіння населення, знелюднення сільських територій і монофункціональних міст);

– неузгодженість місцевої політики щодо соціально-економічного розвитку з реальними інтересами територіальних громад;

– нерозвиненість форм прямого народовладдя, неспроможність членів громад до солідарних дій, спрямованих на захист своїх прав та інтересів у співпраці з органами місцевого самоврядування й місцевими органами виконавчої влади, на досягнення спільних цілей розвитку громади;

– зниження рівня професіоналізму посадових осіб місцевого самоврядування, зокрема, унаслідок низької конкурентоспроможності органів місцевого самоврядування на ринку праці, зниження рівня престижності посад, що призводить до низької ефективності управлінських рішень;

– корпоратизація органів місцевого самоврядування, закритість і непрозорість їх діяльності, високий рівень корупції, що призводить до зниження ефективності використання ресурсів, погіршення інвестиційної привабливості територій, зростання соціальної напруги;

– надмірна централізація повноважень органів виконавчої влади та фінансово-матеріальних ресурсів;

– відсторонення місцевого самоврядування від вирішення питань у сфері земельних відносин, посилення соціальної напруги серед сільського населення внаслідок відсутності повсюдності місцевого самоврядування [1].

Проаналізувавши цей перелік, можемо зазначити, що проблеми в ньому наведено не в порядку пріоритетності, їх не узагальнено, вони є різнопорядковими. Наприклад, навряд чи в один ряд мають потрапити надмірна централізація повноважень органів виконавчої влади й фінансово-матеріальних ресурсів та зношеність теплових, каналізаційних, водопостачальних мереж і житлового фонду й ризик виникнення техногенних катастроф в умовах обмеженості фінансових ресурсів місцевого самоврядування. Особливо за умови, що зношеність постачальних мереж стоїть вище, ніж зазначена централізація.

На нашу думку, це свідчить або про недостатню проробку Концепції, або про бажання надати їй популістського характеру.

Також привертає увагу те, що акцент робиться більше на реформуванні органів місцевого самоврядування, ніж на децентралізації органів виконавчої влади. Це може спричинити появу низки проблем, наприклад, підвищити ймовірність суперечок між місцевими органами виконавчої влади, що вже є «сильними», та органами місцевого самоврядування, які набудуть додаткових повноважень і матеріальних ресурсів.

Аналогічне зауваження можна адресувати проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)». Його було внесено до Верховної Ради України 26 червня 2014 р. за № 4178.

Нині Карта проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» на сайті Верховної Ради України містить таку інформацію:

– включено до порядку денного (2 вересня 2014 р.);

– головний комітет (Комітет з питань правової політики);

– останній етап проходження (проект відкликано 27 листопада 2014 р.) [2].

У Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» зазначено: «Проблема ефективного функціонування органів публічного управління в Україні не може бути вирішеною без докорінного реформування конституційно-правового статусу й

засад діяльності органів місцевого самоврядування та органів державної виконавчої влади в областях і районах. Необхідність розширення повноважень органів місцевого самоврядування базового рівня (села, селища, міста) та наділення їх відповідними фінансовими й матеріальними ресурсами є вкрай важливим та економічно доцільним. На актуальність цього питання неодноразово звертали увагу представники інститутів громадянського суспільства, органи місцевого самоврядування та їх об'єднання, вітчизняні науковці й практики-конституціоналісти. Органи місцевого самоврядування повинні отримати низку додаткових повноважень щодо організації належного вирішення питань місцевого значення, які можуть бути вирішеними найбільш ефективно саме на відповідному рівні. З точки зору політичної та соціальної доцільності одночасно з відповідними повноваженнями органи місцевого самоврядування мають отримати належні правові механізми їх реалізації, а також необхідне матеріально-фінансове забезпечення» [3].

Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» від 26 червня 2014 р. передбачав внесення змін і доповнень до низки статей Конституції України. Проте безпосередньо децентралізації органів виконавчої влади стосувалася пропозиція доповнити Конституцію України статтею 1071 такого змісту:

«Стаття 1071. У регіонах і районах діють представники Президента України. Представники Президента України в регіонах координують діяльність представників Президента України в районах.

Представники Президента України призначаються на посади та звільняються з посад Президентом України.

Представники Президента України на відповідній території:

1) здійснюють нагляд за відповідністю Конституції та законам України актів органів місцевого самоврядування й територіальних органів центральних органів виконавчої влади;

2) координують взаємодію територіальних органів центральних органів виконавчої влади;

3) спрямовують та організовують діяльність усіх територіальних органів центральних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування в умовах надзвичайного або воєнного стану;

4) здійснюють інші повноваження, визначені Конституцією та законами України.

Представники Президента України під час здійснення своїх повноважень відповідальні перед Президентом України, підзвітні та підконтрольні йому.

Рішення представників Президента України, що суперечать Конституції та законам України, іншим актам законодавства України, скасовуються Президентом України.

Особливості організації та діяльності представників Президента України в регіонах і районах визначаються законом» [4].

Також децентралізації органів виконавчої влади стосувалися пропозиції виключити з Основного Закону України статті про місцеві державні адміністрації. Очевидно, їх мали б замінити представники Президента України. Проте ясності в питання щодо цих представників з огляду на текст проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» не було внесено.

Зазначимо, що 7 липня 2014 р. проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» було доопрацьовано (реєстраційний № 4178-а). Однак змін щодо органів виконавчої влади в ньому не відбулося, вони стосувалися інших органів публічної влади [5].

Багато дослідників цілком слушно стверджують про можливість виникнення дисбалансу під час заміни місцевих державних адміністрацій (місцевих органів виконавчої влади загальної компетенції) низкою органів, які не входять до вертикалі виконавчої влади.

Таким чином, як і згідно з Концепцією, здійснюється здебільшого реформа місцевого самоврядування, проте вона не балансується відповідною децентралізацією органів виконавчої влади. Однак посилення органів місцевого самоврядування саме по собі є позитивним прагненням, що сприятиме вирішенню низки проблемних питань членів територіальних громад. Проте з метою наголошення на децентралізації в державі муніципальна реформа має відбуватись паралельно з реформою адміністративною. Вести мову про повноцінну децентралізацію можна буде в разі одночасного посилення органів місцевого самоврядування за рахунок зменшення обсягу компетенції органів виконавчої влади.

Поки що в Україні спостерігаємо значно більше просування в напрямі реформування органів місцевого самоврядування, ніж органів виконавчої влади, особливо місцевих органів виконавчої влади. Таким чином, додаткового опрацювання потребує ця частина оголошеної реформи. Перспективи подальших розвідок у цьому напрямі вбачаються в необхідності визначення, який саме вид децентралізації (деволюція, деконцентрація або делегування) є оптимальним щодо виконавчої влади в сучасній Україні.

Література

1. Про ухвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80.
2. Карточка проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» від 26 червня 2014 р. № 4178-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51513.
3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)» від 26 червня 2014 р. № 4178 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=51513&pf35401=305854.

4. Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування) : проект Закону України від 26 червня 2014 р. № 4178 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=51513&pf35401=306694.
5. Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування) : проект Закону України від 7 липня 2014 р. № 4178-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=51513&pf35401=306694.

Анотація

Мішина Н. В. **Сучасні процеси децентралізації виконавчої влади та реформування місцевого самоврядування в Україні.** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу сучасних процесів децентралізації виконавчої влади та реформуванню місцевого самоврядування в Україні. Виявлено, що нині спостерігається значно більше просування в напрямі реформування органів місцевого самоврядування, ніж органів виконавчої влади, особливо місцевих органів виконавчої влади. Сформульовано висновки й перспективи подальших досліджень в означеному напрямі.

Ключові слова: публічна влада, виконавча влада, місцеве самоврядування, децентралізація, муніципальна реформа.

Аннотация

Мишина Н. В. **Современные процессы децентрализации исполнительной власти и реформирование местного самоуправления в Украине.** – Статья.

Статья посвящена анализу современных процессов децентрализации исполнительной власти и реформированию местного самоуправления в Украине. Выявлено, что в настоящее время имеет место значительно большее продвижение в направлении реформирования органов местного самоуправления, чем органов исполнительной власти, особенно местных органов исполнительной власти. Сформулированы выводы и перспективы дальнейших исследований в обозначенном направлении.

Ключевые слова: публичная власть, исполнительная власть, местное самоуправление, децентрализация, муниципальная реформа.

Summary

Mishyna N. V. **Modern processes of the executive power's decentralization and municipal reform in Ukraine.** – Article.

This article analysis the modern processes of the executive power's decentralization and municipal reform in Ukraine. A lot of attention is paid to the fact that nowadays the municipal reform is much more active, than the administrative reform (the reform of the executive bodies, especially of the local executive bodies). The author concludes with the proposals how to improve the situation and formulates the perspectives of the future researches in the field.

Key words: public power, executive power, local government, decentralization, municipal reform.

УДК 340.1

Л. Г. Матвєєва

НАСТУПНІСТЬ ПРАВА ЯК ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА КАТЕГОРІЯ В ДОСЛІДЖЕННІ ТРАНЗИТИВНОСТІ ПРАВА

Постановка проблеми. Трансформація сучасної правової системи України в напрямі до європейських стандартів є процесом складним і багатофункціональним, тому потребує глибокого науково-теоретичного аналізу правової дійсності та визначення основних напрямів її розвитку. З точки зору загальноісторичної соціально змістовної типології держав Україна належить до типу перехідних держав, зорієнтованих на соціальну демократію. До відповідного перехідного типу слід віднести також основу правової системи – об'єктивне право сучасної України.

Стан дослідження проблеми. Зміни в правових системах минулого й сучасності, як правило, аналізувалися досі за допомогою діалектики, зокрема, її основних законів: єдності та боротьби протилежностей, переходу кількісних змін у якісні, заперечення заперечення. Добре вивчене в юриспруденції явище наступності в праві виведено саме з огляду на ці закони. Питання наступності в праві є предметом дослідження як зарубіжних, так і вітчизняних учених-правознавців. Вказаному питанню присвячено монографію болгарського правознавця Н. Неновскі. У радянській юридичній науці проблема наступності розроблялася В.К. Бабаєвим, А.І. Косаревим, Г.В. Швековим. Різним аспектам наступності в праві присвячено розвідки сучасних російських дослідників М.Л. Давидової, Р.А. Ромашова, В.П. Реутова, В.О. Рибакова, Ф.Ф. Литвиновича. Питання наступності в розвитку права Республіки Білорусь досліджено в працях Т.І. Довнар, С.В. Липеня, Д.В. Щербика. Серед вітчизняних науковців означеній проблемі присвячено дослідження теоретиків права Ю.М. Оборотова та Л.В. Авраменко, фахівців у різних галузях права В.О. Навроцького, Д.О. Балобанової, Р.І. Шабанова.

Мета статті – дослідити особливості наступності права як загальнотеоретичної категорії та проаналізувати різні позиції щодо сутності наступності права.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо, що проблематика наступності має загальнофілософське значення. У філософії наступність є найваж-

© Матвєєва Л. Г., 2014

ливішою характеристикою розвитку. Розвиток – філософська категорія, що виражає процес руху, зміни цілісних систем, у тому числі соціальних. Щодо суспільства розрізняють два аспекти наступності: передачу соціальних і культурних цінностей від покоління до покоління, від формації до формації та засвоєння цих цінностей кожним новим поколінням, кожною новою соціальною системою. Наступність є особливим механізмом «пам'яті суспільства», що здійснює накопичення й зберігання культурної інформації минулого, на основі якої створюються нові цінності. Вона може бути безперервною, коли культурні цінності минулого постійно функціонують у житті суспільства, та уривчастою, коли певні цінності тимчасово зникають із культурного вжитку. Термін «наступність» позначає також усю сукупність дій і традицій відтворення норм соціальної поведінки, характерних для історично минулої суспільної реальності [17, с. 212].

Поняття наступності в праві традиційно трактується як збереження, перенесення й використання окремих елементів попередньої стадії розвитку права на наступну. Як правило, під наступністю в праві більшість авторів розуміють універсальний закономірний зв'язок між ступенями розвитку національного права як соціального явища, що виражається в збереженні та сучасному використанні правового матеріалу минулих часів, забезпеченні особливостей національної правової системи. Найновіше визначення наступності в праві надано О.І. Чубаєвою, яка розглядає наступність як зв'язок між різними етапами розвитку права, що спирається на позитивний досвід, спрямовується на забезпечення безперервного розвитку, націлюється на майбутнє, реалізується здатністю до самозбереження внутрішньої основи та слугує для нового руху вперед. Наступність у праві є проявом закону заперечення заперечення [17, с. 212]. О.Ф. Скакун підкреслює історичний характер наступності в праві. На її думку, наступність здійснюється через історичну (соціальну) пам'ять, генетичні зв'язки минулого й сучасності [13, с. 304].

Дискусійним залишається питання щодо сукупності факторів, які зумовлюють явище наступності в праві. Розглядаючи право як соціальний інститут, що виник і функціонує внаслідок саме соціальних потреб, слід визнати, що наступність зумовлюється насамперед факторами розвитку суспільства. Саме з таких позицій аналізує наступність у праві болгарський правознавець Н. Неновскі, який вважає, що наступність у праві означає зв'язок між різними етапами в розвитку права як соціального явища, а суть цього зв'язку полягає в збереженні певних елементів або сторін права (у його сутності, змісті, формі, структурі, функціях тощо) за відповідних змін. При цьому автор звертає увагу на те, що наступність у праві може бути негативною, тобто мати консервативне, реакційне, негативне значення.

На відміну від О.Ф. Скакун, яка розмежовує поняття наступності й акультурації, Н. Неновскі розрізняє наступність «за вертикаллю» (у часі) та «за горизонталлю» (у просторі). У будь-якому разі наступність за змістом поняття передбачає історично послідовний характер, і в цьому плані

«вертикальна» наступність відрізняється від «горизонтальної» лише тим, що означає збереження елементів за переходу на нові якісні стани однієї й тієї ж національної правової системи. «Горизонтальна» наступність полягає в сприйнятті минулого правового досвіду інших (територіально) держав [10, с. 44]. На нашу думку, «горизонтальна» наступність здійснюється в межах одного цивілізаційного типу права. Зокрема, можна говорити про наступність українського права праву континентальної Європи. І справа не лише в тому, що протягом значного періоду своєї історії Україна перебувала в складі інших європейських держав. Будучи частиною Європи, українське право через зв'язки з Європою, насамперед Центральною, вбирало в себе «чужі» норми, які поступово ставали «власними». Як приклад можна навести практику розгляду місцевими судами Гетьманської України справ про подружню зраду. Пирятинський міський уряд наприкінці XVII – на початку XVIII століття без будь-яких застережень користувався під час прийняття рішень у таких справах не лише постановами канонічного (духовного) права, а й нормами магдебурзького (міського) права, викладеними в Порядку судочинства в справах міських (краківського видання 1619 р.) [14, с. 103, 142, 155–156, 187, 190].

Зазначимо, що радянська юриспруденція вбачала фактори наступності в праві винятково в ідеологічній площині, зокрема, у збереженні його нібито класової сутності. За висновком Т.В. Наконечної, діалектика наступності в соціалістичному праві – специфічний вид (тип) спадкоємних зв'язків у розвитку правової форми класового суспільства; зв'язок між різними ступенями (етапами) його розвитку, сутність якого полягає в утриманні, збереженні й використанні елементів попередніх етапів розвитку соціалістичного права в наступних етапах [9, с. 10]. Однак практика радянської правотворчості свідчила про прямо протилежне: нерідко за основу радянських законів бралися (інколи й дослівно) відповідні нормативно-правові акти царської Росії. Так само сучасне право пострадянських країн, які відмовилися від побудови соціалізму й комунізму, часто зберігає правові інститути та норми, а то й цілі нормативно-правові акти попереднього етапу розвитку права, класова сутність якого є прямо протилежною сучасним буржуазним реаліям.

На нашу думку, наступність у праві, крім суто соціальних факторів, до яких слід віднести й державну волю, зумовлюється властивостями самого права, насамперед його нормативністю, а також його сутністю, що проявляється в усіх функціях права. Особливо відмітимо значущість стабілізаційної функції права, її роль у встановленні стійких правил соціальної поведінки, які запобігають конфліктам та усувають конфлікти, що вже виникли. Правове регулювання в його історичному аспекті завжди є формалізованим результатом узагальнення досвіду впорядкування суспільних відносин, спрямованим у майбутнє. Саме властивостями права як «представника порядку в хаосі» можна пояснити численні приклади переживання правових норм, збереження майже в непорушності принципів, інститутів і навіть галузей права за революційних перетворень у суспільстві,

змін державного ладу тощо. Хрестоматійним прикладом цього є функціонування Цивільного кодексу Франції й Кримінального кодексу Франції, які було ухвалено за часів Першої імперії та які пережили декілька революцій і змін форм правління в цій державі. Цивільний кодекс Франції (за винятком першої книги, присвяченої особам) діє досі, а Кримінальний кодекс Франції був чинним до 1994 р.

Розширення змісту поняття «наступність у праві» пов'язане з відходом від суто догматичного методу юриспруденції. Так, Ю.М. Оборотов акцентує увагу на тому, що наступність у праві здійснюється із залученням як традиційних регуляторів (звичаїв, традицій, звичок), так і раціональних регуляторів (закони, рішення, договори). Наступність може виражатися в правових нормах та інститутах, правосвідомості, правовій поведінці. Вона може стосуватися як права, так і того, що іменують метаправом [11, с. 70].

З огляду на множинність факторів, що зумовлюють наступність у праві, слід виокремити такий соціальний і водночас правовий фактор, як традиція правового регулювання. Традиція правового регулювання – це усталеність мети, змісту й способів правового регулювання безвідносно до змін законодавця, законодавства та інших форм позитивного права, властива певній немоментальній правовій системі [5, с. 50].

Сучасні науковці вказують на певні традиції правового регулювання в Україні. Однією з них є насамперед поєднання різних цивілізаційних моделей права та правової системи. Так, Л.В. Авраменко наголошує, що своєрідність правової вітчизняної спадщини полягає в поєднанні впливів двох цивілізацій: східної (греко-візантійської) та західної (римсько-латинської), оскільки Україна перебувала на перехресті Сходу й Заходу. Через відсутність власної стабільної державності протягом багатьох століть в Україні не сформувалося окремої незалежної національної правової системи, а її право, засноване на місцевих традиціях і звичаях, запозичало елементи правової культури як Заходу, так і Сходу. Наступність і запозичення переплітаються в історії розвитку правових систем так, що їх іноді важко розмежувати, а споконвічне «своє» в праві України (в окремих його елементах) неможливо відокремити від того, що було привнесеним, пристосованим і стало своїм [1, с. 3].

Не відкидаючи думку про поєднання впливів східної й західної цивілізацій на формування українського права, підкреслимо мінливість «питомої ваги» цих двох орієнтирів розвитку та приєднаємось до висновку Є.О. Харитонова про постійне змагання України між Сходом і Заходом, у якому принаймні двічі стояло питання про цивілізаційний вибір: більше тисячі років тому (під час вибору панівної релігії) та сьогодні – під час самоідентифікації незалежної України [16, с. 340].

Продовжуючи думку Ю.М. Оборотова про плюралізм проявів наступності в праві, відзначимо таку властивість українського права, як збереження ним упродовж століть тяжіння до континентального типу правової системи. Це виявляється насамперед у наступності форм права. З часів Литовських статутів, збірок магдебурзького права, Кодексу українського

права 1743 р. воно носить кодифікований характер. За доби панування на українських землях імперського (російського й австрійського) права цю рису не лише не було втрачено, а й було підсилено з огляду на тяжіння обох імперій до систематизованих джерел права. Спроби формування національної правової системи за революційних часів 1917–1921 рр., хоча й відкинуті через її поразку, також виявлялися в намаганні створити кодифіковане право. Радянська правотворчість, незважаючи на першопочаткові намагання відкинути право як інструмент панування буржуазії, також пішла шляхом кодифікації права. Таке дотримання кодифікованої форми права простежується, наприклад, у лісовому праві з найдавніших часів до наших днів, дослідженому Б.В. Кіндюком [3]. Окремо слід окреслити висновки В.О. Навроцького щодо наступності радянського й сучасного кримінального права України. Автор визначає наступність у кримінальному законодавстві як зв'язок між двома законами, які встановлюють злочинність і караність діяння та інші його кримінально-правові наслідки, за якого в новому нормативному акті зберігаються основні ознаки, що визначають змістовну й формальну характеристику кримінального закону [8, с. 29]. Саме ці ознаки виступають елементами наступності – тими частками, які в сукупності дозволяють говорити про наявність або відсутність зв'язку між раніше чинними й новими законами. Очевидно, що наступність найбільш яскраво виявляється в кодифікованих нормативно-правових актах [8, с. 29].

Кодифіковані форми права є проявом наступності права як за вертикаллю, так і за горизонталлю з огляду на безпосередню дію іноземного права на території українських земель і неодноразові запозичення іноземних правових джерел національними урядами та Російською імперією, у складі якої перебувала переважна більшість українських земель за доби формування класичних кодексів.

Зазначимо, що кодифіковане право саме є фактором наступництва через його більшу порівняно з некодифікованим правом стабільність. Так, у країнах Західної Європи й Латинської Америки більшість кодексів діють досить тривалий час, що є одним із показників стабільності відповідних правових систем.

Знаковим для правонаступництва форм права є збереження правового звичаю. Звичай як джерело права в Україні визнавався споконвіку. Проте його роль у регулюванні правових відносин змінювалася на різних етапах державного розвитку [12]. Найважливішу роль звичай відігравав у Київській Русі та в Запорозькій Січі, у яких панувало виключно звичаєве право. Пізніше закон зайняв панівну позицію серед джерел права, не поступаючись нею донині. Однак звичай залишається джерелом права й у сучасній правовій системі. Як вказують сучасні дослідники, увага до звичаю сьогодні активізувалася. Причини цього є такими: по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права, багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах; по-друге, деякі регіони України заселені представниками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції, що необхідно враховувати,

щоб зберегти їхню самобутність та забезпечити мир і злагоду в багатонаціональній державі [15, с. 52].

Залежно від характеру звичаю розрізняють місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територією дії всі звичаї можна класифікувати на внутрішньодержавні та міжнародні. За способом фіксації розрізняють звичаї, зафіксовані у відповідних документах, і звичаї, не зафіксовані у відповідних документах [15, с. 55]. Наявність та функціонування звичаїв відмічається фахівцями в багатьох галузях українського права, зокрема сімейному, морському, господарському, цивільному, конституційному. Ставиться питання навіть про звичаї в кримінально-процесуальному праві. Ю.З. Драпайло небезпідставно зауважує про можливість переходу звичаю до рангу нормативно-правового акта, якщо збірку звичаїв прямо чи непрямо буде санкціоновано державою [2, с. 515]. Однак справа не лише в наявності й застосуванні звичаїв у сучасній Україні. Саме визнання звичаїв як живого джерела права є проявом наступності в праві, зокрема, у таких його важливих іпостасях, як правосвідомість і правові відносини.

Поряд із вивченням наступності права в законодавстві та юридичній практиці вчені останнім часом звертають увагу на наступність у юридичній науці. Цій проблематиці присвячено праці С.В. Липеня, С.В. Навального, Е.А. Романенко та інших дослідників. Для С.В. Липеня наступність у юридичній науці виявляється насамперед у наслідуванні панівної в певний період розвитку ідеології. Він називає три етапи наступності (які, на наше переконання, є швидше проявами дискретності): наступність радянської юриспруденції дореволюційній російській науці, наступність сучасної юриспруденції радянській науці, наступність сучасної юриспруденції дореволюційній науці. Автор вказує також на точки розриву з попереднім етапом розвитку юриспруденції: на початку 1920-х рр. це був розрив із дореволюційною «буржуазною» наукою, а в 1990-х рр. було проголошено розрив із марксистською методологією [7, с. 296].

На нашу думку, наступність у юриспруденції не можна зводити до традицій використання тієї чи іншої ідеології, хоча це питання є важливим з огляду на вимушену ідеологізацію юридичної науки на будь-якому етапі її розвитку, зумовлену соціальним походженням і залежністю права від ідеологічних систем, вироблених та підтримуваних суспільством чи його частиною. Зрештою не можна заперечувати ідейну основу права, доведену Г.В.Ф. Гегелем.

Говорячи про наступність у юриспруденції, не можна оминути увагою ідею Т. Куна про сутність і структуру наукових революцій. Щодо правничої методології можемо констатувати, що в юридичній науці, на відміну від природничих наук, важко (можливо, навіть немає сенсу) визначати поняття наукової революції та наукової парадигми. Жодна парадигма – модель вирішення дослідницьких завдань – у межах юридичної науки ніколи не була панівною. Для юридичної науки нормальною формою буття науки

була й залишається боротьба наукових шкіл – методологічних напрямів, у межах яких також ніколи не існувало єдності. Досить згадати протистояння позитивістів і представників відродженого природного права, нормативістів і представників соціологічної концепції права. Слушною є думка В.В. Лапаєвої, що вся історія розвитку юриспруденції – це історія протиборства різних типів праворозуміння, тобто різних підходів до розуміння того, чим є право як особливе явище соціального життя [6, с. 399].

Юридична наука із часів її інституціоналізації як самостійної сфери наукового пізнання перебувала й перебуває, якщо оперувати інструментарієм Т. Куна, у стані «нормальної науки». Інакше кажучи, актуальні дослідження ґрунтуються на здобутках попередників без радикальної відмови від їх методології, навіть якщо дослідник оголошує про такий розрив. Ми можемо говорити здебільшого про збагачення науки новими підходами. Так, плодотворними виявилися ціннісний (аксіологічний) та похідні від нього антропологічний і потребовий підходи в юриспруденції. Однак важко уявити будь-яке дослідження без розроблених класичною юриспруденцією XIX – XX століть формально-юридичного й порівняльно-правового методів.

Вважаємо, що наступність у науці проявляється не стільки в плані методології, скільки в постановці питань, які, на відміну від природничих наук, ніколи не могли бути вирішеними однозначно. Сутність права, його походження й джерела, властивості права, співвідношення права та інших соціальних регуляторів, співвідношення права й держави – це вічні питання, які, на наше переконання, ніколи не знайдуть загальноприйнятого науковим співтовариством вирішення. Водночас можемо констатувати про дискретність у розвитку правової думки, що зумовлюється насамперед появою нових суспільних викликів. Так, центральне питання середньовічної правничої думки – питання про співвідношення держави й церкви – за доби ранньобуржуазних революцій поступилося місцем питанню про права людини та співвідношення прав людини й повноважень державної влади.

Наступність і дискретність у сучасній українській юриспруденції проявляються в збереженні традицій нормативного підходу до права, особливо відмітного в галузевих дослідженнях та одночасному формуванні інтегральних концепцій права. Зокрема, такі вдалі спроби зроблено О.М. Костенком, Ю.М. Оборотовим, П.М. Рабіновичем. Причому не слід забувати, що можливості інтегрального праворозуміння не безмежні. Як слушно зауважує М.І. Козюбра, на рівні світоглядно-ціннісних методологічних позицій, на яких ґрунтуються природно-правовий, юридико-позитивістський і соціологічний типи праворозуміння, їх синтез не можливий [4, с. 10–21].

Поліпарадигмальність юриспруденції не виключає домінування того чи іншого типу праворозуміння в суспільстві. Знання витоків і характеру домінуючого в країні типу праворозуміння – це ключ до пізнання її правової культури та осмислення її цивілізаційної ідентичності в цілому.

Висновки. Отже, проблема наступності в праві є надзвичайно багатогранною, вимагає комплексного підходу з боку різних суспільних наук та привертає увагу не лише юристів, а й філософів, соціологів, економістів.

Дослідження сучасних перехідних державно-правових явищ із використанням принципу наступності в праві дозволяє розглядати їх як єдиний процес, що має загальні історичні коріння, джерела, юридичну техніку, ідеологію, а також дозволяє вирішувати прогалини й колізії, які виникають у юридичний практиці та є базовим, стабілізуючим фактором розвитку національної правової системи держави. Досвід правового регулювання, що накопичується в межах тієї чи іншої історичної епохи або правової системи, передається в інші. Таким чином, наступність у праві виступає сполучним явищем, яке з'єднує минуле із сьогоденням.

З'ясування сутності й змісту наступності в праві є перспективним напрямом самостійного наукового дослідження у сфері юриспруденції та дозволяє нам отримати знання, потрібні для вирішення сучасних державно-правових проблем.

Література

1. Авраменко Л.В. Розмежування наступності у праві з іншими суміжними поняттями / Л.В. Авраменко // Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. В.Я. Тацій. – Х. : Нац. ун-т «ЮАУ ім. Ярослава Мудрого», 2012. – Вип. 121. – С. 3–13.
2. Драпайло Ю.З. Правова природа зводу звичаїв морського порту / Ю.З. Драпайло // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць / за ред. С.В. Ківалова. – О. : Юридична література, 2012. – Вип. 63. – С. 514–519.
3. Кіндюк Б.В. Правові та організаційні засади використання та охорони лісів на українських землях з Х по початок ХХ ст. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Б.В.Кіндюк ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 20 с.
4. Козюбра М.І. Праворозуміння: поняття, типи та рівні / М.І. Козюбра // Право України. – 2010. – № 4. – С. 10–21.
5. Крестовська Н.М. Традиції ювенально-правового регулювання в Україні / Н.М.Крестовська // Право і громадянське суспільство. – 2013. – № 1(2). – С. 49–56.
6. Лапаева В.В. Правопонимание как основа национальной правовой культуры (сравнительный анализ российской и западноевропейской правовой мысли) / В.В. Лапаева // Диалог культур и партнерство цивилизаций: становление глобальной культуры : матер. X Международных Лихачевских науч. чтений (г. Санкт-Петербург, 13–14 мая 2010 г.) / науч. ред. А.С. Запесоцкий. – СПб. : СПбГУП, 2010. – С. 399.
7. Липень С.В. Преемственность в развитии юридической науки как аспект общей проблемы преемственности в праве / С.В. Липень // Юридическая техника: ежегодник. – Нижний Новгород, 2011. – № 5. – С. 294–297.
8. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.) / В.О. Навроцький. – К. : Атіка, 2001. – 271 с.
9. Наконечная Т.В. Преемственность в развитии советского права / Т.В. Наконечная. – К. : Наукова думка, 1987. – 102 с.
10. Неновски Н. Преемственность в праве : [монография] / Н. Неновски ; пер. с болг. В.М. Сафронова ; общ. ред. и вступ. ст. Ю.С. Завьялова. – М. : Юридическая литература, 1977. – 165 с.
11. Оборотов Ю.Н. Традиции и новации в правовом развитии : [монография] / Ю.Н. Оборотов. – О. : Юридическая литература, 2001. – 160 с.
12. Правовий звичай як джерело українського права IX – XIX ст. / за ред. І.Б. Усенка. – К. : Наукова думка, 2006. – 280 с.
13. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : [учебник] / О.Ф. Скакун. – Х. : Эспада, 2005. – 840 с.
14. Стороженки. Фамильный архив : в 7 т. / А.В. Стороженко, Н.В. Стороженко и др. – К. : Тип. Г.А. Фронцкевича, 1902–1910. – Т. 6. – 1908. – 798 с.

15. Стрєльникова І.Ю. Місце звичаю в сучасному праві України / І.Ю. Стрєльникова, Є.В. Погорєлов // Ученые записки Таврического национального университета имени В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – Т. 23(62). – 2010. – № 2. – С. 52–56.
16. Харитонов Є.О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) / Є.О. Харитонов. – О. : Фенікс, 2008. – 464 с.
17. Чубаева Е.И. Понятие и сущность преемственности в праве / Е.И. Чубаева // Вестник Нижегородской академии МВД России. – 2012. – № 20. – С. 210–212.

Анотація

Матвеєва Л. Г. **Наступність права як загальнотеоретична категорія в дослідженні транзитивності права.** – Стаття.

У статті розглядається проблематика наступності права як загальнотеоретичної категорії, аналізуються різні позиції щодо сутності наступності права. Виявляються й аналізуються фактори, які зумовлюють наступність права. До соціальних факторів наступності в праві слід відносити фактори розвитку суспільства, державну волю. Виділяється такий соціальний і водночас правовий фактор, як традиції правового регулювання, до яких різні автори відносять об'єднання різних цівілізаційних моделей і правової системи.

Наступність у праві може виражатися в правових нормах, правових інститутах, правосвідомості, правовій поведінці. Найбільш яскраво наступність права проявляється в кодифікованих нормативно-правових актах і правових звичаях. Наступність права є важливим механізмом, завдяки якому відбувається оновлення нормативно-правової бази регулювання суспільних відносин, зберігається цінний накопичений і пережитий досвід.

Поряд із вивченням наступності права в законодавстві та юридичній практиці також розглядається наступність у юридичній науці. Зроблено висновок, що наступний зв'язок у праві дозволяє виявити співвідношення вибудованої вітчизняної державно-правової системи та конкретних історичних умов її існування.

Ключові слова: трансформація правової системи, наступність права, наступність законодавства, наступність юридичної практики, наступність юридичної науки.

Аннотация

Матвеева Л. Г. **Преемственность права как общетеоретическая категория в исследовании транзитивности права.** – Статья.

В статье рассматривается проблематика преемственности права как общетеоретической категории, анализируются разные точки зрения, касающиеся сущности преемственности права. Выявляются и анализируются факторы, которые обуславливают преемственность права. К социальным факторам преемственности в праве следует относить факторы развития общества, государственную волю. Выделяется такой социальный и одновременно правовой фактор, как традиции правового регулирования, к которым разные авторы относят объединение разных цивилизационных моделей и правовой системы.

Преемственность в праве может выражаться в правовых нормах и правовых институтах, правосознании, правовом поведении. Наиболее ярко преемственность права проявляется в кодифицированных нормативно-правовых актах и правовых обычаях. Преемственность права является важным механизмом, благодаря которому происходит обновление нормативно-правовой базы регулирования общественных отношений, сохраняется ценный накопленный и пережитый опыт.

Наряду с изучением преемственности права в законодательстве и юридической практике также рассматривается преемственность в юридической науке. Делается вывод, что преемственная связь в праве позволяет выявить соотношение выстроенной отечественной государственно-правовой системы и конкретных исторических условий ее существования.

Ключевые слова: трансформация правовой системы, преемственность в праве, преемственность законодательства, преемственность юридической практики, преемственность юридической науки.

S u m m a r y

Matveeva L. G. **Law succession as a general theoretical category in the study of law transitiveness.** – Article.

The article deals with the problems of law succession as a general theoretical category; it is analyzed different points of view concerning the nature of law succession. It is identified and analyzed the factors that determine the law continuity. The social factors of continuity in the law should include: factors of development of society, a will of state. It is distinguished at the same time a social and legal factors as the tradition of legal regulation to which different authors include unification of different civilizational model and the legal system. Law succession may be expressed in the law and legal institutions, sense of justice, legal behavior.

The law succession is manifested most clearly in codified legal acts and legal traditions. The law succession is an important mechanism by which updates the legal framework regulating social relations and saved valuable lessons, a lived experience.

Along with the study of law succession in legislation and legal practice, it is considered the continuity in jurisprudence. It is concluded that the successive link in the law ratio reveals the architecture of the domestic state legal system and the specific historical conditions of its existence.

Key words: transformation of the legal system, law succession, succession in legislation, succession of law practice, succession of legal science.

УДК 347.764(477)

Н. Б. Пацурія

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ УЧАСНИКІВ БОЙОВИХ ДІЙ ЯК ЕЛЕМЕНТА ВІЙСЬКОВО-МЕДИЧНОЇ ДОКТРИНИ

Постановка проблеми. Питання медичного страхування учасників бойових дій (у розумінні Постанови Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 413 учасниками бойових дій є такі особи: військовослужбовці (резервісти, військовозобов'язані) та працівники Збройних Сил України, Національної гвардії, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, Державної прикордонної служби України, Державної спеціальної служби транспорту України, особи рядового й начальницького складу, військовослужбовці, працівники Міністерства внутрішніх справ України, Управління державної охорони України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державної служби України з надзвичайних ситуацій, Державної пенітенціарної служби України, військових формувань, які захищали незалежність, суверенітет і територіальну цілісність України та брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення, перебуваючи безпосередньо в районах проведення антитерористичної операції, а також працівники підприємств, установ та організацій, які залучалися й брали безпосередню участь в антитерористичній операції в районах її проведення [1]) набуло своєї актуальності в квітні 2014 року після декларування вищими посадовими особами держави намірів щодо надання страхового захисту військовослужбовцям на суму, що не перевищує 1 млн грн [4].

Принагідно відзначимо, що з квітня 2014 року до сьогодні вказаний механізм компенсації витрат, пов'язаних із наданням медичної допомоги й відновленням здоров'я, в Україні не запроваджено.

Стан дослідження проблеми. Історію виникнення й розвитку страхування досліджували В.Р. Ідельсон, В.К. Райхер, Л.І. Рейтман, В.І. Серебровський, В.К. Турбіна, Ю.Б. Фогельсон, Г.Ф. Шершеневич, М.Я. Шиміна, В.П. Янішен та інші автори.

© Пацурія Н. Б., 2014

Для розуміння особливостей функціонування сучасної системи страхування важливе значення мають праці науковців України (зокрема, В.Д. Базилевича, К.С. Базилевич, О.І. Барановського, О.Д. Василика, В.М. Гейця, М.С. Клапкова, П.А. Лайка, О.В. Ніколаєнка, С.С. Осадця, В.М. Фурмана, А.А. Чухна, С.І. Юрія, О.І. Ястремського) та Росії (наприклад, І.Г. Іванової, Є.Т. Коголовської, Л.І. Рейтмана, Г.М. Тагієва).

Підґрунтям для дослідження проблем обов'язкового медичного страхування стали праці українських і російських юристів та економістів В.Б. Авер'янова, А.І. Берлача, Ю.П. Битяка, Л.К. Воронової, О.П. Орлюк, П.М. Рабіновича, Ю.С. Шемшученка. Також було використано роботи, присвячені медичному праву, авторами яких є українські й зарубіжні дослідники В.І. Агарков, М.М. Білинська, Ю.В. Вороненко, М.Ф. Герасименко, З.С. Гладун, І.Ю. Григор'єв, Л.М. Дешко, О.Ю. Кашинцева, В.М. Пашкова та інші.

Проте слід відзначити, що питання запровадження медичного страхування учасників бойових дій як елемента Військово-медичної доктрини в українському правознавстві ще не досліджувалося. З огляду на сучасну економіко-політичну ситуацію воно потребує комплексного наукового аналізу.

Метою статті є дослідження проблемних питань упровадження в Україні медичного страхування учасників бойових дій як елемента Військово-медичної доктрини України; аналіз нормативно-правової бази, що визначає умови й механізм запровадження медичного страхування учасників бойових дій; здійснення порівняльно-правового аналізу основних наукових категорій страхового права, які є взаємопов'язаними із системоутворюючою категорією медичних правовідносин – обов'язковим медичним страхуванням; формулювання пропозицій щодо модернізації законодавства про медичне страхування учасників бойових дій; обґрунтування зміни наукових підходів до розуміння сутності обов'язкового медичного страхування як наукової категорії.

Виклад основного матеріалу. Питання особистого страхування військовослужбовців у нашій державі має власну історію. 19 серпня 1992 року Кабінетом Міністрів України було прийнято Постанову № 488 «Про умови державного обов'язкового особистого страхування військовослужбовців і військовозобов'язаних, призваних на збори, і порядок виплат їм та членам їх сімей страхових сум» (далі – Постанова № 488), якою запроваджувалося державне обов'язкове особисте страхування військовослужбовців і військовозобов'язаних, призваних на збори. Вказане страхування провадилося НАСК «ОРАНТА» за рахунок коштів державного бюджету.

Постановою № 488 розміри страхових платежів встановлювалися щорічно НАСК «ОРАНТА» за погодженням із Міністерством фінансів України під час формування державного бюджету на наступний рік.

Страхові платежі сплачувалися страхувальниками щомісячно до 25 числа в розмірі 1/12 частини річної суми.

При цьому страхові платежі, що не були використані в поточному році на виплату страхових сум, підлягали зарахуванню до чергових платежів, а кошти, яких не вистачало на виплату цих сум, додатково сплачувалися страхувальниками.

НАСК «ОРАНТА» виплачувала страхові суми в таких випадках:

а) у разі загибелі або смерті застрахованого його спадкоємцям у розмірі 100-кратного мінімального прожиткового рівня на час загибелі або смерті застрахованого;

б) у разі втрати застрахованим працездатності, що сталася внаслідок поранення (контузії, травми чи каліцтва), захворювання, отриманих у період проходження служби (зборів), у розмірі залежно від ступеня втрати працездатності, що визначається в процентному відношенні до загальної суми страхування на випадок загибелі або смерті.

Виплати страхових сум, зазначених у підпунктах «а» і «б», у зв'язку з настанням страхової події провадилися за вирахуванням раніше виплачених страхових сум за цю ж страхову подію. При цьому страхова сума з такого виду страхування сплачувалася незалежно від виплат за іншими видами страхування та виплат у порядку відшкодування збитків.

Проте вказаний механізм захисту майнових інтересів військовослужбовців не виправдав себе, тому 25 грудня 2013 року Постанова № 488 втратила чинність. Натомість набула чинності Постанова Кабінету Міністрів України № 975 «Про затвердження Порядку призначення і виплати одноразової грошової допомоги у разі загибелі (смерті), інвалідності або часткової втрати працездатності без встановлення інвалідності військовослужбовців, військовозобов'язаних та резервістів, які призвані на навчальні (або перевірочні) та спеціальні збори чи для проходження служби у військовому резерві», відповідно до якої одноразова допомога є гарантованою державою виплатою, розмір якої не залежить від службового становища військовослужбовця та становить у разі загибелі (смерті) 609 тис. грн (як сума максимальної гарантованої державою виплати).

Днем виникнення права на отримання одноразової грошової допомоги в разі загибелі (смерті) військовослужбовця, військовозобов'язаного та резервіста є дата смерті, зазначена у свідоцтві про смерть; у разі встановлення інвалідності або ступеня втрати працездатності без встановлення інвалідності – дата, зазначена в довідці медико-соціальної експертної комісії.

Одноразова грошова допомога призначається в разі загибелі (смерті) військовослужбовця, військовозобов'язаного й резервіста, якщо смерть настала за таких умов: 1) під час виконання військовослужбовцем обов'язків військової служби або внаслідок захворювання, пов'язаного з виконанням ним обов'язків військової служби; 2) у період проходження військовослужбовцем військової служби або внаслідок захворювання чи нещасного випадку, що мали місце в період проходження ним військової служби; 3) під час виконання обов'язків військової служби або служби у військовому резерві військовозобов'язаним і резервістом, яких призвано на навчальні (або перевірочні) та спеціальні збори.

Одноразова грошова допомога призначається й виплачується таким особам:

1) військовослужбовцю, інвалідність якого настала внаслідок поранення (контузії, травми чи каліцтва), отриманого ним під час виконання обов'яз-

ків військової служби, чи внаслідок захворювання, пов'язаного з виконанням ним обов'язків військової служби, або встановлення інвалідності особі після її звільнення з військової служби внаслідок зазначених причин у розмірі 250-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності I групи), 200-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності II групи), 150-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності III групи);

2) військовослужбовцю, інвалідність якого настала в період проходження військової служби або внаслідок захворювання, пов'язаного з проходженням ним військової служби, або встановлення особі, звільненій із військової служби, інвалідності не пізніше ніж через три місяці після звільнення її з військової служби чи після закінчення тримісячного строку, проте внаслідок захворювання або нещасного випадку, що мали місце в період проходження зазначеної служби, у розмірі 120-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності I групи), 90-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності II групи), 70-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності III групи);

3) військовозобов'язаному чи резервісту, якого призвано на навчальні (чи перевірочні) та спеціальні збори або для проходження служби у військовому резерві, інвалідність якого настала внаслідок поранення (контузії, травми чи каліцтва), заподіяного військовозобов'язаному чи резервісту під час виконання обов'язків військової служби або служби у військовому резерві, або не пізніше ніж через три місяці після закінчення зборів, проходження служби у військовому резерві, проте внаслідок захворювання чи нещасного випадку, що мали місце в період проходження таких зборів, служби у військовому резерві, у розмірі 120-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності I групи), 90-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності II групи), 70-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення інвалідності (у разі встановлення інвалідності III групи).

У разі часткової втрати працездатності без встановлення інвалідності одноразова грошова допомога виплачується залежно від ступеня втрати працездатності, який встановлюється медико-соціальними експертними комісіями, у розмірі, що визначається у відсотках від певних сум, таким особам:

– військовослужбовцю, який отримав поранення (контузію, травму чи каліцтво) під час виконання обов'язків військової служби, що призвело до часткової втрати працездатності без встановлення інвалідності, – від 70-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення ступеня втрати працездатності;

– військовослужбовцю строкової військової служби, який отримав поранення (контузію, травму чи каліцтво) у період проходження ним строкової військової служби, що призвело до часткової втрати працездатності без встановлення інвалідності, – від 50-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення ступеня втрати працездатності;

– військовозобов'язаному чи резервісту, якого призвано на навчальні (чи перевірочні) та спеціальні збори або для проходження служби у військовому резерві, який отримав поранення (контузію, травму чи каліцтво) під час виконання обов'язків військової служби або служби у військовому резерві, що призвело до часткової втрати працездатності без встановлення йому інвалідності, – від 50-кратного прожиткового мінімуму, встановленого законом для працездатних осіб на дату встановлення ступеня втрати працездатності.

Однак слід констатувати, що запровадження механізму одноразової грошової допомоги учасникам бойових дій не замінює на практиці механізм компенсації витрат, пов'язаних із наданням медичної допомоги та відновленням здоров'я пораненим військовослужбовцям. Адже на сьогодні основна проблема у сфері медичної допомоги вказаним особам полягає, зокрема, у наданні надвартісного реабілітаційного лікування та протезування кінцівок поряд із належним забезпеченням вказаних осіб перев'язувальними матеріалами, медикаментами й професійною медичною психологічною допомогою протягом усього періоду лікування тощо.

Найбільшої значущості ця проблема набуває в умовах недостатнього фінансування, що не дозволяє раціонально використовувати наявні ресурсові мережі лікувально-профілактичних установ України. У зв'язку із цим окремого дослідження потребує стан фінансування військово-медичної служби на засадах бюджетно-страхової медицини.

Для задоволення цієї нагальної потреби науковцями обґрунтовано запровадження механізму фінансування Міністерства оборони України за рахунок упровадження медичного страхування військовослужбовців, що дозволяє поліпшити функціонування військово-медичної служби та підвищити рівень соціального захисту військовослужбовців шляхом надання гарантованої медичної допомоги високої якості, у тому числі у військово-медичних закладах. У результаті наявних досліджень встановлено, що введення медичного страхування додатково до бюджетних виплат є перспективним [6, с. 4, 22].

При цьому з огляду на власний позитивний досвід українського страхового ринку щодо запровадження системи добровільного медичного страхування є можливість використовувати у вказаних випадках усі інстру-

менти, які передбачає чинне законодавство України про страхування, до медичного страхування учасників бойових дій.

Належна відповідь на це питання можлива лише після вивчення ґенези страхування як суспільно-правового явища в контексті медичного страхування як основного інструментарію доступу військовослужбовців до якісних медичних послуг на підставі окремого дослідження.

Нагадаємо, що законодавче врегулювання страхових правовідносин в Україні здійснюється нормами Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України «Про страхування», Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та іншими нормативно-правовими актами. Страхуванням визнається вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб і юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) і доходів від розміщення коштів цих фондів (ст. 1 Закону України «Про страхування»). Аналіз ст. ст. 5, 6, 7 Закону України «Про страхування» доводить, що страхування за критерієм *форми здійснення* підлягає поділу на добровільне та обов'язкове.

Таким чином, у подальшому зміст сучасної реформи фінансового забезпечення військовослужбовців потребує переходу від бюджетної до бюджетно-страхової медицини, яка може здійснюватись у формі як добровільного, так і обов'язкового медичного страхування.

Викладене доводить, що з огляду на соціальну й економіко-політичну ситуацію, що склалася в державі щодо медичного забезпечення військовослужбовців, в Україні має співіснувати два механізми захисту майнових інтересів учасників бойових дій (одноразова грошова допомога та медичне страхування), які мають підкорюватися єдиній меті – компенсації витрат, що пов'язані з наданням якісної медичної допомоги учасникам бойових дій, відновленням здоров'я та в разі загибелі (смерті) військовослужбовців.

Наведене актуалізує проблему закріплення означених положень у законодавстві України без розпорошення норм, що врегульовують механізм та умови медичного страхування учасників бойових дій, за різними джерелами. Вказане можливе лише в разі прийняття в Україні нової Військово-медичної доктрини (далі – ВМД) як цілісного нормативно-правового акта.

Слід наголосити, що власна ВМД є базовим нормативним документом у військових медиків провідних країн світу. В Україні розробку ВМД було започатковано наприкінці 1990-х роках, коли вперше було сформульовано сучасні принципи побудови системи медичного забезпечення військ.

У вказаному проекті було надано визначення ВМД України як сукупності науково обґрунтованих принципів, єдиних організаційних вимог і професійно-технологічних стандартів військової медицини, спрямованих на зміцнення здоров'я, збереження й підвищення боєздатності особового складу, на збереження життя, запобігання інвалідності та якомога швидше

повернення до строю чи трудової діяльності максимальної кількості поранених і хворих, а також на досягнення максимальної ефективності всієї системи медичного забезпечення Збройних Сил України. Проте, незважаючи на актуальність і постійне вдосконалення положень ВМД України впродовж останніх років, офіційного визнання вона не знайшла. Звернувшись до минулого досвіду, слід зазначити, що вперше на теренах колишнього СРСР сутність ВМД було сформульовано ще в 1942 році, і з того часу вона не модернізувалася.

З огляду на наведене ВМД України – це нормативний документ, що містить систему поглядів на організацію й проведення медичного забезпечення військ (сил) та призначається для досягнення максимальної ефективності діяльності медичної служби Збройних Сил України в сучасних умовах. Вимоги ВМД поширюються на медичне забезпечення всіх видів Збройних Сил України в мирний час, період мобілізаційного розгортання та воєнний час. А принципи й положення ВМД можуть використовуватися під час організації медичного забезпечення військових формувань інших міністерств і відомств [3, с. 6].

Робота щодо вдосконалення ВМД України триває й нині. 11 вересня 2014 року в Києві відбулося чергове засідання Президії Національної академії медичних наук України (далі – НАМН). Зустріч було присвячено проблемам, пов'язаним із медичним забезпеченням антитерористичної операції (далі – АТО). Президент НАМН України академік А.М. Сердюк коротко презентував проект ВМД України, розробленої НАМН України спільно із силовими міністерствами й відомствами. Він зазначив: «Аналіз виконання заходів з організації на сході України АТО свідчить про відсутність чітко визначеного порядку взаємодії медичних служб силових відомств України й національної системи охорони здоров'я. Це у свою чергу ускладнює процес надання медичної допомоги військовослужбовцям, задіяним в АТО, та цивільному населенню в зоні бойових дій. Саме тому розроблено проект ВМД, метою якої є створення ефективної системи медичного забезпечення на території України в різних варіантах застосування силових відомств» [5].

Згідно з проектом Військово-медичної доктрини її метою є створення доступної, універсальної, багатопрофільної, ефективної системи медичного забезпечення військ, яка передбачає надання медичної допомоги за територіальним принципом та дозволить запобігти, обмежити й максимально скоротити масштаби ураження військ у мирний і воєнний час шляхом створення гарантованих можливостей щодо організованого реагування сил і засобів військово-медичної служби. Діапазон мети включає забезпечення високої якості лікувально-евакуаційних, санітарно-гігієнічних і протиепідемічних заходів, усіх компонентів процесу медичного забезпечення на підставі адекватного рівня організації, наявність сучасного технічного оснащення, усебічного ресурсного забезпечення як факторів, що базуються на передових науково-теоретичних розробках, а також зміцнення й відновлення здоров'я військовослужбовців, підвищення бойової готовності військ за відповідного підвищення ефективності використання медичних і

немедичних ресурсів шляхом створення системи медичного забезпечення військ, яка повинна відповідати новим соціально-економічним умовам та сучасним завданням навчально-бойової підготовки військ.

Стратегічна перебудова системи медичного забезпечення військ повинна здійснюватися в межах державної політики й стратегії вдосконалення Збройних Сил України та інших структур сектора безпеки держави в мирний і воєнний час.

Вирішальне значення в досягненні основної мети ВМД мають такі напрями: державна політика щодо розвитку охорони здоров'я в Україні; організація взаємодії та поєднання зусиль військово-медичних і медичних служб щодо медичного забезпечення військ і населення у воєнний час; забезпечення постійної готовності сил і засобів військово-медичних служб та медичних служб у межах єдиного медичного простору в мирний і воєнний час; профілактична спрямованість системи медичного забезпечення збройних сил; будівництво системи медичного забезпечення військ на сучасних економічних засадах, у тому числі впровадження бюджетно-страхової медицини; якісне надання первинної та спеціалізованої медичної допомоги в разі поранень, травм і захворювань, якнайшвидшого відновлення боєздатності й працездатності; медикаментозне та матеріально-технічне забезпечення функціонування військово-медичної служби; управління військово-медичною наукою та інноваційна політика; кадрова політика; формування медико-санітарної культури населення й військовослужбовців.

Системний підхід до політики системи медичного забезпечення військ передбачає, що кожен із цих напрямів є складовою частиною цілісної ВМД, які структурно й функціонально взаємопов'язані.

Вказаний проект складається з 18 розділів. Доцільно, щоб саме розділи 8 «Військово-економічний компонент» та 12 «Основні складові елементи системи військової охорони здоров'я» ВМД України вміщували положення щодо медичного страхування учасників бойових дій.

З огляду на те, що медичне страхування військовослужбовців є одним із ключових моментів соціального захисту вказаних осіб державою та гарантує соціальну захищеність особливим верствам населення, а саме військовим і членам їхніх сімей, цей вид страхування як державна гарантія повинен зайти своє закріплення у ВМД України.

На думку науковців, пошук нових шляхів фінансування системи охорони здоров'я, таких як страхування, є першочерговим завданням як для держави, так і для суспільства в цілому. Альтернативою є перехід від системи бюджетного фінансування охорони здоров'я до нової, більш досконалої бюджетно-страхової моделі охорони здоров'я – системи страхової медицини, яка вирішує питання гарантованості й доступності медичних послуг для широких верств населення, залучення додаткових ресурсів у сферу охорони здоров'я.

Висновки. В Україні система охорони здоров'я не відповідає ринковим вимогам та об'єктивно потребує реформування. Ідеться про створення економічно обґрунтованої та соціально спрямованої моделі функціонування охорони

здоров'я – бюджетно-страхової моделі, яка органічно поєднувала б державний і приватний сектори медицини, ґрунтувалася на принципах обов'язковості, солідарності, доступності та фінансової самостійності [2, с. 10].

Питання запровадження медичного страхування учасників бойових дій як елемента Військово-медичної доктрини України потребують подальших наукових розвідок у частині визначення форм його здійснення, порядку внесення страхових платежів та здійснення страхових виплат тощо.

Література

1. Порядок надання статусу учасника бойових дій особам, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 413 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 73. – Ст. 2068.
2. Губар О.Є. Медичне страхування в фінансовому забезпеченні соціальних гарантій населенню : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.04.01 «Фінанси, грошовий обіг і кредит» / О.Є. Губар ; Черкаський держ технологічний ун-т. – Черкаси, 2004. – 21 с.
3. Бадюк М.І. Основні засади формування нормативної бази діяльності медичної служби збройних сил України / М.І. Бадюк // Військова медицина України. – 2007. – Т. 7. – № 1–2. – С. 5–9.
4. Павлюченко Т.В Украине хотят вернуть страхование военнослужащих. Без помощи государства не обойтись / Т.В. Павлюченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.capital.ua/ru/publication/19729-v-ukraine-khotyat-vernut-strakhovanie-voennosluzhaschikh-bez-pomoschi-gosudarstvane-oboytis?issue=296#ixzz3I7ZKE2pT.
5. Устінов О.В. Військово-медична доктрина України: стратегічний документ передано на розгляд Президента / О.В. Устінов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.umj.com.ua/article/79746/vijskovo-medichna-doktrina-ukraini-strategichnij-dokument-peredano-na-rozglyad-prezidenta.
6. Шекера О.Г. Обґрунтування системи медичного забезпечення Збройних Сил України в умовах впливу соціально-економічних та медико-демографічних чинників : автореф. дис. ... докт. медич. наук : спец. 14.02.03 «Соціальна медицина» / О.Г. Шекера ; Нац. медичний ун-т ім. О.О. Богомольця. – К., 2009. – 42 с.

Анотація

Пацурія Н. Б. **Проблеми та перспективи запровадження медичного страхування учасників бойових дій як елемента Військово-медичної доктрини.** – Стаття.

Статтю присвячено аналізу проблем і перспектив запровадження медичного страхування учасників бойових дій як елемента Військово-медичної доктрини.

Ключові слова: страхування, медичне страхування, медичне страхування учасників бойових дій, добровільне страхування, обов'язкове страхування.

Аннотация

Пацурия Н. Б. **Проблемы и перспективы внедрения медицинского страхования участников боевых действий как элемента Военно-медицинской доктрины.** – Статья.

Статья посвящена анализу проблем и перспектив внедрения медицинского страхования участников боевых действий как элемента Военно-медицинской доктрины.

Ключевые слова: страхование, медицинское страхование, медицинское страхование участников боевых действий, добровольное страхование, обязательное страхование.

Summary

Patsuriia N. B. **Problems and prospects of implementation of health insurance combatants as part of the Military Medical doctrine.** – Article.

This article analyzes the problems and prospects for the introduction of health insurance combatants as part of the Military Medical doctrine.

Key words: insurance, health insurance, medical insurance combatants, voluntary insurance, compulsory insurance.

УДК 343.2.01

Н. А. Орловська

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ДЖЕРЕЛО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У вітчизняній науці й доктрині кримінального права суттєво пожвавилися дискусії щодо концептуальних проблем джерел цієї галузі, що є відлунням загальнотеоретичних пошуків. Так, теоретики зазначають, що спроби надання позитивному праву характеру «досконалого законодавства» (кодексу приписів), яке могло б охоплювати всі подробиці та передбачати всі можливі випадки, є хибними. Закон неминуче залишається на рівні абстрактності та всезагальності. Відповідно, прихильники позитивізму відмовляються від розуміння закону, яке панувало в XIX столітті. Нині вони визнають правотворчу роль, а відтак і юридичну чинність договорів, доктрин і рішень суддів. За сучасних умов доводиться визнати, що абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією, поряд із ним існують також інші джерела права [1, с. 80, 85].

Вважаємо, що ця позиція підтверджується не лише результатами впливу процесу глобалізації, за якого відбувається уніфікація видів формальних юридичних джерел у всіх правових сім'ях, а й збільшенням активності «нових» суб'єктів правотворчості, зокрема інститутів громадянського суспільства. Якщо сучасне право має спрямовуватися насамперед на задоволення потреб людей, колективних суб'єктів і загалом суспільства, то не можна нівелювати формат правотворення «знизу – вгору». Відповідно, до нормативного акта (основного джерела, яке опосередковує формат правотворення «зверху – вниз») усе частіше додаються й інші джерела права, серед яких назвемо прецедент [2, с. 12–13], насамперед судовий.

Для «споживачів» кримінального права (сторін кримінально-правових конфліктів, держави) питання судового прецеденту пов'язуються з можливостями оперативного реагування на виклики сучасності, нівелювання нормативної нестійкості, підвищення рівня захисту прав і свобод та загалом реалізації принципу верховенства права, який не є абстрактним ідеальним конструктом, адже його слід наповнювати реальнім змістом. І це повинно стати завданням не лише законодавця, а й правозастосувачів.

© Орловська Н. А., 2014

Саме на цьому наголошується у звіті Венеціанської комісії «Про верховенство права», прийнятому на 86 пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р., у висновках конференції «Верховенство права як практичне поняття», проведеної Венеціанською комісією в співпраці з Міністерством закордонних справ Великої Британії та Центром верховенства права Бінгхема 2 березня 2012 р.

Інтерес до проблематики джерел кримінального права в цілому (у тому числі як складової загальної концепції джерел) і судового прецеденту зокрема виявляють як криміналісти, так і теоретики права: П.П. Андрушко, Ю.В. Баулін, А.Е. Жалінський, Д.В. Кирилюк, В.М. Кампо, О.Г. Кібальнік, М.І. Козюбра, В.О. Котюк, Д.В. Кухнюк, М.П. Куцевич, Л.А. Луць, Б.В. Малишев, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, А.В. Наумов, К.В. Ображиєв, П.М. Рабинович, А.О. Селіванов, О.Ф. Скакун, М.І. Сірий, Ю.В. Трунцевський, В.М. Шаповал, С.В. Шевчук, Г.Г. Шмельова та інші.

Однак до сьогодні в навчальній літературі домінує традиційна позиція щодо Кримінального кодексу України (далі – КК України) як єдиного джерела кримінального права України, причому фахівці не лише формулюють, а й ґрунтовно розробляють проблематику багатоджерельності кримінального права.

У спеціальній літературі представлено концепцію поділу джерел права взагалі та кримінального права зокрема на матеріальні й формальні. Більше того, сучасні дослідники, наголошуючи на виявленні різних «шарів» буття права (соціального, ментального й формального), виокремлюють відповідні їм матеріальні, ідеологічні та юридичні джерела [3, с. 258]. У цьому сенсі ідеологічним джерелом кримінального права може бути визнано соціальну практику в широкому сенсі цього слова, матеріальними джерелами – Конституцію України та міжнародно-правові договори, формальним (юридичним) джерелом – КК України, який відображає спосіб вираження й закріплення (форму) кримінально-правових норм. Однак такий підхід фактично приводить до твердження, що КК України, ґрунтуючись на положеннях Конституції України та на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ч. 1 ст. 3 КК України), визначає межі регулятивного значення Конституції України, міжнародно-правових договорів для кримінально-правового поля. Безперечно, це є неправильним, адже саме Конституція України формує предметне поле (межі) кримінально-правового регулювання, визначаючи як найважливіші соціальні цінності, які доцільно поставити під охорону КК України, так і ті права й свободи людини та громадянина, що можуть обмежуватися внаслідок вчинення злочину (адже покарання – це правообмеження).

Більш раціональним у цьому сенсі видається розгляд кримінального права як позитивного, тобто через систему формально-юридичних джерел [4, с. 27]. Відповідно, для кримінального права всі джерела є формальними (формально-юридичними).

Однак такий погляд вимагає диференціації джерела й форми кримінального права. Джерело характеризує «витік», походження норм, які регулю-

ють відносини, що становлять предмет кримінального права. У цьому плані принципового значення набуває характеристика суспільних відносин, їх важливість і специфіка, адже якщо відповідні правові норми регулюють відносини, що становлять предмет кримінального права, то їх слід визнати його джерелами. У свою чергу форма являє собою своєрідний «контейнер» цих норм, спосіб їх зовнішнього офіційно-документального вираження й закріплення.

Така диференціація дозволяє дійти висновку, що багатоджерельність кримінального права поєднується з одиничністю його форми. Формою кримінального права України може бути лише КК України. На наше переконання, особливості кримінально-правового впливу на окремі групи суб'єктів (наприклад, неповнолітніх, військових та інших) або специфіка реагування на певні види кримінальних правопорушень (кримінальні проступки) не потребують спеціальних законів (як, наприклад, у зарубіжних країнах). Відповідні інститути мають бути частиною єдиного кодифікованого законодавчого акта.

Однак КК України не можна розглядати лише як закон, що встановлює злочинність, караність діяння та інші правові наслідки його вчинення (ч. 3 ст. 3). Зміст нормативних приписів КК України є значно ширшим, адже в ньому представлено норми-завдання, норми-принципи, норми-дефініції, суто регулятивні норми, які за способами регулювання класифікуються не лише на заборонні, а й зобов'язальні (у позитивному сенсі), заохочувальні та уповноважувальні.

Багато фахівців, зокрема й І.І. Митрофанов, вважають, що слід розрізняти джерела кримінального права та джерела кримінального законодавства. У цьому сенсі пропонується говорити про багатоджерельність саме кримінального права. Вважаємо, що такий підхід є певною мірою рудиментом радянської правової думки, коли єдиним власне джерелом права вважався нормативний акт, відповідно, питання джерел права витіснялися дискурсом про співвідношення системи права й системи законодавства, особливо в кримінально-правовій площині. Крім цього, вбачається, що диференціація джерел і форм кримінального права загалом дозволяє вибудовувати сучасну концепцію останнього.

У контексті джерел поряд із КК України можна наводити також судовий прецедент. Вважаємо, що традиційна позиція щодо того, що судовий прецедент не є джерелом права, оскільки суди не є правотворчими органами, а рішення вищих судових інстанцій виступають лише орієнтирами для правильного розуміння й застосування норм права (судові рішення як інтерпретаційні акти), на сьогодні потребує уточнення.

Судовий прецедент – це результат відправлення правосуддя вищими судовими інстанціями; це акт, у якому суд, піддаючи тлумаченню та роз'яснюючи нормативно-правові приписи, формулює правила їх застосування, що є обов'язковими під час вирішення аналогічних справ.

Можна виокремити низку характерних ознак, притаманних сучасному розумінню судового прецеденту:

– продукування прецеденту лише вищими судовими інстанціями або судами, єдиними у своєму роді;

– нормативний та загальнообов'язковий характер прецеденту як для судів нижчих інстанцій, так і для всіх інших державних органів і посадових осіб;

– певна зв'язаність судових інстанцій, які продукують прецеденти, власними рішеннями;

– оприлюднення судових рішень прецедентного характеру в бюлетенях або інших офіційних виданнях, і в цьому сенсі – писаний характер прецеденту;

– формування й функціонування прецеденту на основі чинного законодавства;

– спрямованість прецедентів не лише на більш ефективний і кваліфікований розгляд судами конкретних справ, а й на ліквідацію пробілів у праві та однакове тлумачення оцінних понять у законах та інших нормативно-правових актах.

З огляду на це в контексті проблематики джерел кримінального права можна дискутувати щодо прецедентності рішень Конституційного Суду України, Верховного Суду України, Європейського суду з прав людини.

Конституційний Суд України (далі – КСУ) є єдиним органом конституційної юрисдикції. Щодо природи його рішень (процесуальних актів, які ухвалюються з питань конституційності законів та інших правових актів, офіційного тлумачення Конституції України та законів України) було виокремлено декілька концептуальних підходів [5, с. 101], серед яких є принципово протилежні:

– рішення й висновки КСУ не існують самостійно та можуть враховуватися лише в процесі нормозастосування щодо положень Конституції України й законів (В.М. Шаповал [6, с. 29]);

– рішення КСУ, якими визнано закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення неконституційними, мають силу нормативно-правового акта, адже вони породжують нові права й обов'язки; фактично КСУ виконує функцію негативного правотворця (В.П. Тихий [7, с. 29]).

Звернемо увагу, що відповідно до ст. 8 Конституції України її норми мають найвищу юридичну силу та є нормами прямої дії. Тому для захисту конституційних прав і свобод людини й громадянина гарантується звернення до суду безпосередньо на підставі Конституції України. Для дотримання цього положення ще в 1996 р. Пленум Верховного Суду України прийняв Постанову «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» за № 9, яка зобов'язує суди під час розгляду конкретних справ в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію України як акт прямої дії [8]. Однак при цьому питання щодо тлумачення Конституції України та конституційності/неконституційності нормативно-правових актів є виключною компетенцією КСУ. Згідно із цим можна дійти висновку, що застосування положень Конституції України відбувається з урахуванням правових позицій КСУ.

На нашу думку, має рацію Ю.В. Баулін, зазначивши, що своєю діяльністю КСУ як гарант верховенства Основного Закону України на території нашої держави не лише сприяє у формі конституційного судового контролю становленню та розвитку кримінального законодавства, а й де-факто є одним із креативних учасників цих процесів [9, с. 23].

Як зазначається в ч. 2 ст. 152 Конституції України, закони, інші правові акти або їх окремі положення, які визнано неконституційними, втрачають чинність із дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність. При цьому рішення КСУ не підлягають оскарженню. Інакше кажучи, акти КСУ відрізняються від класичної правової норми за структурою, механізмом прийняття й набрання чинності, відповідно, їх не можна вважати традиційними нормативно-правовими актами [10, с. 151]. За своєю правовою природою вони є специфічним джерелом права. Їх специфічність полягає в тому, що ці правові позиції формулюються під час здійснення судового конституційного контролю, який за своє правовою природою не є нормотворчою діяльністю [9, с. 24].

На наше переконання, рішення КСУ є прецедентом, який відповідає всім виокремленим ознакам сучасного прецеденту. Правова природа таких рішень є подвійною: це не лише обов'язковий прецедент тлумачення, а й нормативний прецедент, адже він може змінювати обсяг правової регламентації в будь-якій правовій сфері. Тому вважаємо, що рішення КСУ як судові прецеденти є джерелом кримінального права.

Щодо правових позицій Верховного Суду України теоретики права, зокрема О.Ф. Скакун, допускають, що деталізація правових норм у них сприяє створенню нових правовідносин не лише правозастосовного, а й нормативного характеру. Крім того, будь-які судові рішення, які ґрунтуються на аналогії закону чи на загальних принципах права, можуть сприйматися судами після проходження рішення через касаційну інстанцію як фактичний прецедент [11, с. 332]. У свою чергу А.Б. Венгеров писав, що вищий орган судової системи розкриває в конкретних рішеннях оціночні поняття, таким чином конкретизуючи й деталізуючи закон. Відповідні рішення стають правоположеннями, які набувають обов'язкового характеру, забезпечуються авторитетом вищого судового органу, його здатністю відміняти всі ті рішення, що суперечать цим правоположенням [12, с. 420].

Слід зазначити, що вітчизняний законодавець певною мірою визначив свою позицію: ст. 458 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) містить прямий припис щодо обов'язковості судових рішень Верховного Суду України в частині того, «як саме має застосовуватися відповідна норма закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь» (ч. 2 ст. 455, ч. 2 ст. 456 КПК України). У цьому разі не йдеться про аналогію закону, адже на це є пряма заборона – ч. 4 ст. 3 КК України.

Вважаємо, що судові рішення Верховного Суду України в зазначеній у КПК України площині – це обов'язковий прецедент тлумачення, що фактично утворює правила правозастосування. Однак останні є невід'ємною

частиною кримінально-правового регулювання, зокрема, вони становлять значний масив норм у Загальній частині КК України (зобов'язальні приписи).

На нашу думку, позиція А.Б. Венгерова може слугувати теоретико-правовим підґрунтям розуміння значення цих рішень як джерела кримінального права України, при цьому такі обов'язкові прецеденти тлумачення містять певні елементи новизни, адже вони сприяють тому, щоб неправильне розуміння й застосування КК України судами не перетворилося на гальмо розвитку юридичної практики. Крім цього, судові рішення Верховного Суду України в площині, визначеній КПК України, відповідають тим ознакам, які притаманні сучасним судовим прецедентам.

З огляду на це спірною вважаємо думку І.І. Митрофанова про хибність пропозицій щодо розгляду Верховного Суду України як регулюючої та стабілізуючої ланки в судовій системі. Скептицизм щодо цього, аргументований тим, що більшість спорів вирішується в нижчих інстанціях, а Верховний Суд України приймає для перегляду судові рішення, що набрали законної сили, не є виправданим. Якщо судова практика відрізняється нестійкістю й суперечливістю, якщо суди часто займають діаметрально протилежні правові позиції щодо одного й того ж питання, хіба не Верховний Суд України мав би нівелювати таку ситуацію?

Особливе місце в дискурсі щодо судового прецеденту як джерела кримінального права посідає питання щодо рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» Україна визнала обов'язковою та без укладення спеціальної угоди юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. На підставі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод та практику ЄСПЛ як джерело права. Цей прямий припис не містить будь-яких галузевих винятків. Норми Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод мають узагальнене формулювання, тому рішення ЄСПЛ є надзвичайно важливими в аспекті конкретизації її положень. Крім того, принципові позиції, викладені, зокрема, у «модельних рішеннях» ЄСПЛ, є вирішальними під час застосування норм Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод [13, с. 307].

Чи означає таке рішення визнання ЄСПЛ судом вищої інстанції щодо судів національної юрисдикції? У цьому разі можна говорити про інтерпретацію інстанційної підсудності: ЄСПЛ «підключається» до рішення проблеми захисту прав і свобод людини лише після вичерпання всіх можливостей національної судової системи, а його рішення, відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, ч. 1 ст. 2

Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», є обов'язковими для України.

Тому не можна погодитися з тим, що рішення ЄСПЛ в Україні мають силу переконливого прецеденту [13, с. 309–310]. Вважаємо, що вони становлять обов'язковий прецедент тлумачення, за природою подібний до рішень Верховного Суду України, і в цьому сенсі можуть розглядатися як джерельна база кримінального права.

У цьому аспекті ще раз звернемо увагу на те, що обов'язкові прецеденти тлумачення, як уже зазначалося, містять значну частку нових правоположень, відповідно, у них наявна складова правотворчості. Для рішень ЄСПЛ це притаманно ще більшою мірою, ніж для судових рішень Верховного Суду України. Зокрема, як зазначає П.М. Рабинович, ЄСПЛ під час застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод акцентує увагу на можливості задовольняти певні потреби та інтереси насамперед людини, а також окремих людських спільнот, об'єднань і суспільства в цілому. При цьому ЄСПЛ постійно наголошує на необхідності зважати на специфічність, неповторність конкретної ситуації в різних державах, якщо вирішується питання про дотримання чи порушення певного права, про правомірність чи неправомірність у конкретній ситуації «поведінки» держави-відповідача. Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод тлумачиться обов'язково у світлі актуальних умов сьогодення, тобто тих, які існують саме на момент розгляду відповідної справи. ЄСПЛ виходить із того, що завжди буде існувати необхідність у пристосуванні загальних положень Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод до змінюваних обставин [14, с. 9–10].

Однак виникає принципове питання щодо автономного тлумачення. Як відомо, автономне тлумачення полягає в тому, що ЄСПЛ не вважає обов'язковим для себе те значення, яке певний термін має в межах правової системи окремої держави, що є стороною Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Щодо проблематики, яка розглядається, прикладами можуть бути справи «Гурепка проти України», «Надточій проти України», «Корнєв і Карпенко проти України», у яких термін «кримінальне правопорушення» ЄСПЛ застосував до адміністративних і митних деліктів. При цьому ЄСПЛ виходив із таких обставин, як суворість правообмежень, яким було піддано особу («у силу суворості санкцій ця справа є кримінальною» («Гурепка проти України»), йшлося про адміністративний арешт терміном 7 діб), як системний зв'язок митного й кримінального права («у силу пов'язаності між собою митних та кримінальних правопорушень ця справа є кримінальною» («Надточій проти України»)). Відповідно, у разі застосування стягнень, які розглядаються як «кримінальні покарання» (наприклад, адміністративний арешт, конфіскація, значні суми штрафів тощо), провадження щодо накладення цих стягнень можуть вважатися «кримінальними» незалежно від формальної класифікації в національному законодавстві [15, с. 165, 166].

Чи можна з огляду на це вважати, що ЄСПЛ суттєво розширив межі кримінально-правового регулювання як щодо кола правовідносин, що мо-

жуть бути об'єктами кримінально-правової охорони/об'єктами злочинів, так і щодо кола покарань? На наше переконання, ні. Акцент було зроблено на захисті прав людини та її основоположних свобод у тих сферах, які межують із кримінально-правовою за характером суспільної небезпечності правопорушень і суворістю правообмежень. Саме через наближеність до кримінально-правового регулювання, до способів кримінально-правового впливу в зазначених галузевих площинах особа, винна у вчиненні відповідних правопорушень, потребує додаткового захисту. Інакше кажучи, у наведених випадках рішення ЄСПЛ входять у джерельну базу адміністративного й митного, проте не кримінального права.

Таким чином, у сучасному кримінально-правовому дискурсі вважаємо за доцільне наголосити, що КК України – це єдина форма кримінального права, проте лише одне з його джерел. Серед останніх чільне місце слід відвести судовому прецеденту. Як судові прецеденти допустимо розглядати рішення КСУ, Верховного Суду України, ЄСПЛ.

Загалом поступове зростання значення судового прецеденту як джерела права обумовлюється збільшенням швидкості розвитку соціальних процесів, унаслідок чого законодавець не встигає врегульовувати нові суспільні відносини. У цьому плані кримінальне право не є винятком, тому можна прогнозувати остаточне визнання судового прецеденту джерелом кримінального права та розширення можливостей його застосування в цій сфері, хоча, зрозуміло, він поступатиметься КК України як єдиному законодавчому акту.

Загалом же розвідки щодо джерел кримінального права та вироблення сучасної позиції щодо місця джерел кримінального права в системі джерел права в цілому є перспективним напрямом загальнотеоретичних і галузевих досліджень.

Література

1. Дудченко В.В. Плюралістична теорія джерел права: нові можливості в осягненні права / В.В. Дудченко // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія» / за ред. С.В. Ківалова. – О. : Юридична література, 2010. – Т. 9. – С. 78–88.
2. Сильченко Н.В. Проблемы типологии источников белорусского права / Н.В. Сильченко // Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – № 1. – Вип. 2. – С. 11–18.
3. Тіщенко Ю.В. Форми міфу у правовій реальності / Ю.В. Тіщенко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2013. – Вип. 23. – Ч. 1. – Т. 3. – С. 258–261.
4. Богачев В.В. Глобализация права : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / В.В. Богачев ; ФКОУ ВПО «Владимирский юридический институт Федеральной службы исполнения наказаний». – Владимир, 2012. – 48 с.
5. Кампо В.М. Легітимність рішень конституційних судів у контексті доктрини верховенства права: компаративістський та праксеологічний аспекти / В.М. Кампо, М.В. Савчин // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5. – С. 99–109.
6. Шаповал В.М. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В.М. Шаповал // Право України. – 1998. – № 5. – С. 25–29.

7. Тихий В.П. Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України / В.П. Тихий // Право України. – 2010. – № 6. – С. 26–32.
8. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96.
9. Баулін Ю.В. Вплив рішень Конституційного Суду України на розвиток конституційної доктрини в галузі кримінального та кримінального процесуального права / Ю.В. Баулін // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2014. – № 1. – С. 16–24.
10. Астрова Л.М. Рішення Конституційного Суду в системі права України / Л.М. Астрова // Вісник Академії адвокатури України. – 2013. – № 2. – С. 148–152.
11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.
12. Венгеров А.Б. Теория государства и права : [учебник для юрид. вузов] / А.Б. Венгеров. – 3-е изд. – М. : Новый юрист, 1998. – 624 с.
13. Задирака Н.Ю. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини як джерел адміністративно-процесуального права України / Н.Ю. Задирака, К.О. Скічко // Юридичний вісник. – 2014. – № 2. – С. 306–311.
14. Рабинович П.М. Потребове праворозуміння як вислід соціально-матеріалістичної парадигми (загальнотеоретична характеристика) / П.М. Рабинович // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2014. – № 1. – С. 6–15.
15. Фулей Т.І. Значення автономного тлумачення понять Європейським судом з прав людини для правової системи України / Т.І. Фулей // Вісник Академії адвокатури України. – 2013. – № 2. – С. 164–167.

Анотація

Орловська Н. А. **Судовий прецедент як джерело кримінального права України.** – Стаття.

Статтю присвячено питанню щодо судового прецеденту як джерела кримінального права. Акцентовано увагу на рішеннях Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини, Верховного Суду України.

Ключові слова: кримінальне право, джерела, судовий прецедент.

Аннотация

Орловская Н. А. **Судебный прецедент как источник уголовного права Украины.** – Статья.

Статья посвящена вопросу о судебном прецеденте как источнике уголовного права. Акцентируется внимание на решениях Конституционного Суда Украины, Европейского суда по правам человека, Верховного Суда Украины.

Ключевые слова: уголовное право, источники, судебный прецедент.

Summary

Orlovska N. A. **Judicial precedent as Ukraine criminal law source.** – Article.

The article is devoted to judicial precedent as a criminal law source problem. The attention to the Constitutional Court of Ukraine, European Court of Human Rights and Supreme Court of Ukraine decisions is accented.

Key words: criminal law, sources, judicial precedent.

УДК 347.965:396

Н. В. Аніщук

ЖІНКИ В АДВОКАТУРІ ВЕЛИКОБРИТАНІЇ: ІСТОРІЯ І СУЧАСНІСТЬ

Актуальність обраної теми полягає в тому, що на початку нового тисячоліття відзначається фемінізація юридичної професії, зокрема адвокатури, що відбувається в руслі інших змін, які спостерігаються і в інших сферах – від медицини до військової служби. У сучасному світі участь у судовому процесі жінки як адвоката нікого вже не здивує. Між тим жінкам знадобилося багато століть для того, щоб отримати рівноправ'я з чоловіками, що відкрило їм перспективу реалізовувати себе в різних сферах життєдіяльності суспільства, зокрема в юридичній діяльності, в якій професія адвоката посідає важливе місце. Сьогодні роботодавці, партнери та клієнти обирають юриста уже не за статевою ознакою, а виходячи з професійних вмінь, навичок та попередніх досягнень. Сучасна юриспруденція ламає всі гендерні стереотипи. Пов'язано це із процесом емансипації жінок, яка охопила всі сфери життєдіяльності суспільства.

Однією з перших країн у світі, де жінки були допущені до адвокатури, стала Великобританія. Сьогодні ця країна обрала курс на фемінізацію адвокатури. Досвід цієї країни, як уявляється, може бути корисним для розвитку вітчизняної адвокатури у контексті гендерного питання. Адже сучасна Україна, як і Великобританія, обрала шлях на побудову паритетної демократії. У сучасній Україні жінки складають біля 70 % адвокатського корпусу [1, с. 32].

Актуальність обраної теми значною мірою обумовлена і ступенем розробки проблеми. Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, дає підставу стверджувати, що на сьогодні у вітчизняній юридичній науці поки що бракує фундаментальних розробок з проблеми адвокатури як об'єкту гендерного аналізу. Не применшуючи ролі та значущості розроблень правознавців із «жіночої адвокатури» (С. Ворошилової, О. Єременко, О. Нестерцової-Собакар, Г. Решетникова, Г. Усеінової, А. Яшина та ін.), все ж таки необхідно визнати, що проблема реалізації жінками професії адвоката

© Аніщук Н. В., 2014

у Великобританії, висвітлення її в контексті гендерного аналізу недостатньо досліджена в юридичній науці. Усе вищенаведене зумовило вибір теми і мети дослідження, його наукову новизну і практичне значення.

Метою даної статті є здійснення гендерного аналізу адвокатури в контексті проблеми реалізації жінками професії адвоката у Великобританії протягом її історичного розвитку, що зможе по-новому, в рамках проблеми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, розкрити сутність цього правового інституту.

Тривалий час адвокатура була справою лише чоловіків. Протягом багатовікової історії людства образ адвокатів асоціювався виключно з чоловіками. Починаючи із зародження адвокатури в стародавньому світі (від Стародавніх Греції та Риму) і до другої половини XIX ст. існувала чоловіча монополія на зайняття адвокатською професією. Жінкам було заборонено займатися адвокатською діяльністю. Це було пов'язано з певними гендерними стереотипами, за якими жінки не сприймалися рівними з чоловіками, розглядалися як «слабка стать», а тому основним їх призначенням мало бути ведення домашнього господарства та виховування дітей. Отже, спершу професія юрист-адвокат була виключно справою чоловіків. Тому цілком логічним є те, що гендерний образ адвокатської професії спершу мав чоловічу спрямованість.

Ситуація почала змінюватися із фемінізацією суспільства, емансипацією жінок, коли вони почали активно завойовувати свої позиції в різних сферах життєдіяльності суспільства, зокрема юридичній. Можна стверджувати, що образ «жінка-адвокат» є відносно новим. У світі почали з'являтися жінки-адвокати лише наприкінці XIX – на початку XX ст. Першою жінкою-адвокатом у світі стала американка Арабелла Менсфілд (США, 1869). Проте тогочасне суспільство з настороженістю ставилося до жінок-адвокатів, не сприймаючи їх серйозно.

Жінкам знадобилося докласти багато зусиль для того, щоб сьогодні, в XXI ст., жінки нарівні з чоловіками могли займатися адвокатською діяльністю, і це сприймається сучасним суспільством як звичайне явище, яке не викликає негативної реакції. Останніми десятиліттями в країнах із паритетною демократією набуває поширення фемінізація адвокатури. Адвокатською діяльністю зараз займаються багато жінок у країнах Північної Америки та Європи. Серед західноєвропейських країн щодо кількості жінок-адвокатів пальма першості належить Великобританії. Взагалі, ця країна вважається батьківщиною фемінізму. Тому цілком логічно, що останнім часом у Великобританії відбувається фемінізація адвокатури.

Фемінізація – це зростання ролі та впливу жінок у суспільстві. Виходячи із цього, фемінізація адвокатури – збільшення частки жінок-адвокатів, зростання їх ролі та впливу в адвокатурі. Проте так було не завжди. Протягом багатовікової історії чоловіки не уступали жінкам престижні і добре оплачувані види занять (зокрема, і юридичних), але жінки задовольнялися тим, що було, і поступово опановували ті професії, які раніше належали чоловікам. Проте як тільки жінкам стало дозволено брати участь в адвокатурі

(кінець XIX–XX ст.), ситуація змінилася. Чоловіки стали сприймати жінок як конкурентів і ставитися до них як до конкурентів. Водночас бажання жінок набути соціального статусу та вести більш яскраве порівняно з їх матерями життя зі свого боку також сприяє збільшенню числа представниць «слабкої статі», які намагаються потрапити у професію адвоката. Дійсно, сьогодні вже нікого не здивує той факт, що жінка – адвокат. А якщо подивитися із життєвої точки зору, то існує певна категорія справ, за якими громадяни вважають за краще звертатися все ж таки до жінок-адвокатів, оскільки вони, як правило, слухають більш уважно, більш м'які у поводженні та чуйні. Інтуїція, вміння зосередитись на деталях, щоб досконально проаналізувати всю ситуацію, креативність, комунікабельність, чуйність до проблем окремої людини – все це лише допомагає їм ставати професіоналами.

Історія становлення «жіночої адвокатури» у Великобританії тісно пов'язана з активізацією жіночого руху. У цій країні, як і в усьому світі, тривалий час доступ до адвокатури був заборонений для жінок. Хоча національна адвокатура Англії була створена ще в 1285 р. на основі законодавчого акту короля Едуарда I, жінок не допускали до юридичної професії. Англійська ідеологія передбачала поляризацію чоловічої та жіночої соціальної ролі. Більшість соціальних теоретиків вважали самореалізацію жінок можливою лише в межах приватного, домашнього світу. Досить часто соціологічні теорії або ігнорували жінок взагалі, або відводили їм другорядні ролі. В 1792 р. Мері Уоллстонкрафт опублікувала книгу «На захист прав жінок». Цей рік вважається датою народження сучасного європейського фемінізму. У подальшому Джон Стюарт Мілль (1806-1873), класичний соціальний теоретик, соціальний філософ, у своїх наукових працях висловлював ідеї рівноправ'я жінок та чоловіків. Свою знамениту роботу «Про підпорядкування жінок» він написав на початку 1860-х рр., проте опублікована вона була лише в 1869 р. Ця книга являє собою найбільш послідовне викладення ліберальних поглядів фемінізму першої хвилі. Він уявляв, що жінки мають мати рівні права з чоловіками, рівний доступ до освіти і професійної діяльності, і виражав скепсис щодо висновків сучасної йому біології, яка пояснювала інтелектуальну слабкість жінок меншим розміром їхнього мозку. Причину дискримінації жінок у трудовій сфері він бачив у бажанні чоловіків зберігати свої економічні привілеї [2, с. 79-80]. Ці ідеї позитивно вплинули на зміну свідомості в англійському суспільстві. Так, на початку XX ст. англійські жінки нарешті здобули рівноправ'я з чоловіками, що відкрило їм можливість працювати, зокрема, в юридичній професії.

У Великобританії професійні жінки-адвокати з'явилися в 1922 р. До цього часу жінкам заборонялося на професійних засадах працювати в адвокатурі, зокрема виступати в суді. Так, наприклад, деякі джерела повідомляють про те, що Спілка юристів (Law Society) в 1876 р. відмовила жінці МакГлін (McGlynn), яка бажала стати адвокатом. Було ще декілька випадків відмови жінкам у прийомі в адвокатуру. В обґрунтуванні однієї з них було зазначено, що жінка не є «належною особою», як це передбачається в Законі про соліситорів (the Solicitors Act 1843 р.) [3].

Проте історія свідчить, що, перш ніж у Великобританії з'явилися професійні жінки-адвокати, існували виключення із правил: представниця «слабкої статі» зробила спробу працювали адвокатом. Так, першою жінкою,

яка активно займалася захисною практикою та яка була наділена майже всіма повноваженнями, окрім формального допуску до участі в суді, стала Еліза Орме (Eliza Orme)(1848-1937), яка займалася юридичною практикою з 1875 р., але ніколи не виступала в суді [4].

Те, що в Англії жінці вдалося працювати в юридичній сфері, значною мірою випливає з того, що ця країна у другій половині XIX ст. стояла у справі жіночої освіти попереду всіх західноєвропейських держав. Слід зазначити, що в Англії питання про вищу освіту висунулося на перший план в 1868 р. Жінки стали запрошувати професорів Оксфордського, Кембриджського та Единбурзького університетів для читання їм лекцій, з яких із часом розвивалися публічні університетські курси для осіб обох статей. У 1869 р. виникли 4 вищі навчальні жіночі заклади: Margaret-Hall , Sommerville-Hall в Оксфорді та Girton College, Newnham College у Кембріджі. У 1876 р. парламент надав університетам право надавати жінкам вчені ступені. Цим правом скористувалися університети Вікторія та Лондонський; останній з 1878 р. допускає жінок до слухання лекцій [5].

У 1888 р. Еліза Орме стала першою жінкою у Британській імперії, яка отримала науковий ступінь бакалавра права (LLB) в університеті Лондону (University of London). Вона прославилася насамперед як феміністка, що брала активну участь у боротьбі за права жінок. Еліза Орме була членом жіночих організацій «The London National Society for Women's Suffrage», «The Women's Liberal Federation» та ін. [6].

Історія свідчить, що процесу становлення «жіночої адвокатури» в Англії сприяла поява перших жінок-адвокатів у країнах Британської імперії. Першою країною Британської імперії, де жінці вдалося реалізувати себе в адвокатурі, стала Канада. Канадка Клара Брет Мартін (Clara Brett Martin) (1874-1923) 2 лютого 1897 р. була прийнята в колегію адвокатів в Онтаріо. Вона стала першою жінкою-юристом у Канаді, яка закінчила юридичний факультет університету Торонто (University of Toronto) та отримала в ньому науковий ступінь бакалавра права (LL.B – «Legum Baccalaureus») (1899). Її вважають першою жінкою-адвокатом у Канаді та першою жінкою-адвокатом у Британській імперії. У 1906 р. вона заснувала власну юридичну фірму в Торонто. Вона відома також як борець за права жінок. Брала активну участь у роботі Національної ради жінок (National Council of Women) у Канаді [7].

Водночас прославилася й інша країна Британської імперії – Нова Зеландія (з 1840 до 1907 р. була британською колонією). Ця країна доклала багато зусиль на шляху зрівняння у правах жінок із чоловіками. Потрібно знати, що першою країною, де суфражистки добилися успіху, стала Нова Зеландія: в 1893 р. жінки отримали право голосувати на виборах. Ця подія значною мірою вплинула на емансипацію жінок, зокрема на розширення юридичної сфери життєдіяльності жінок у цій країні. У той час, як в ін-

ших колоніях Великобританії – Австралії, Південній Африці – клопотання жінок про прийом до колегії адвокатів відхилялись в останні десятиліття дев'ятнадцятого століття, в Новій Зеландії більш толерантно підійшли до цього питання.

Етель Бенджамін (Ethel Benjamin)(1875-1943) – перша жінка-адвокат у Новій Зеландії. Вона стала першою жінкою у Новій Зеландії, що здобула в 1897 р. вищу юридичну освіту (бакалавр права, LLB) в університеті Отаго – найстарішому університеті Нової Зеландії, який перший у цій країні допустив жінок до навчання юриспруденції. Пізніше в цьому ж році була прийнята до колегії адвокатів у віці 22 років. Примітно, що її клопотання було прийнято після внесення змін до законодавства щодо надання жінкам виборчого права і права жінок виступати в суді (Female Law Practitioners Act, 1896). Її адвокатська діяльність була спрямована, насамперед, на захист прав жінок і дітей [8]. Однак Етель Бенджамін була значною мірою ізольована від своїх колег, незважаючи на її видатні знання та навички [9].

Отже, у Новій Зеландії майже водночас із Канадою розпочинається історія «жіночої адвокатури»: у 1897 р. Етель Бенджамін відкрила шлях жінкам до адвокатури.

Досвід перших жінок-адвокатів Британської імперії позитивно вплинув на активізацію діяльності англійських жінок у сфері здобуття права на зайняття адвокатською професією. На початку XX ст. у Великобританії жінки роблять перші кроки щодо прийняття їх до адвокатури, але тогочасне суспільство із настороженістю ставилося до цього. Зокрема, про це йдеться в газеті «Московскій листок» від 26 (13) березня 1903 р., яку було видано в Російської імперії. Так, у цій газеті можна знайти положення такого змісту: «Лондонские адвокаты очень взволнованы вестью о том, что одна дама подала прошение о зачислении ее в корпорацию присяжных» [10]. Проте на той час англійське суспільство було неготовим до того, щоб жінки працювали в адвокатурі.

Лише в 1919 р. було прийнято закон, який запровадив у Великобританії заборону на дискваліфікацію за статевою ознакою (Sex Disqualification Act). Цей закон, зокрема, скасовував більшість обмежень щодо жінок, у тому числі надавав їм право увійти в юридичну професію й на цивільну службу та стати присяжними. Зокрема, в цьому документі уточнюється, що «людина не може бути дискваліфікована за ознакою статі або внаслідок шлюбу у сфері здійснення будь-яких публічних функцій...» [11]. Отже, доступ англійським жінкам до адвокатури став можливим завдяки прийняттю такого найважливішого документу у сфері рівноправ'я жінок та чоловіків, як Sex Disqualification Act 1919 р.

У 1922 р. першими жінками-адвокатами (баристерами) у Великобританії стали: Іві Вільямс (Ivi Williams)(1877-1966) та Хелена Нормантон (Helena Normanton) (1882–1957). До речі, Іві Вільямс у 1923 р. стала першою жінкою у Великобританії, яка отримала диплом доктора права (Doctor of Cuvil Law), захистивши дисертацію в Оксфордському університеті [12].

Варто пояснити, що у Великобританії баристер – адвокат вищого рангу

(порівняно із соліситором), який має право виступати у всіх судах, включаючи найвищі [13, с. 198]. Соліситор – повірений у справах, який представляє інтереси довірителя в суді чи іншій установі. Соліситор здебільшого виконує роль посередника між особою, яка потребує правової допомоги, і баристером (адвокатом), а також надає консультації своїм клієнтам, готує до розгляду цивільні і кримінальні справи в їхніх інтересах, виступає в судах нижчих інстанцій від імені обвинувачення чи захисту тощо [14, с. 542].

У Великобританії в 1922 р. чотири жінки склали іспити, щоб бути соліситорами. Серед них першою соліситором в історії Великобританії стала Керрі Моррісон (Carrie Morrison) (1888-1950). Наступними жінками-соліситорами були: Мауд Крофтс (Maud Crofts), Мері Пікап (Mary Pickup) та Мері Сайкс (Mary Sykes). У 1931 р. в адвокатурі Великобританії працювало приблизно 100 жінок-соліситорів [15].

У Великобританії перші жінки-соліситори об'єдналися в невелику групу і назвали себе «1919-Клуб». Ця назва пов'язана з 1919 роком, коли в цій країні було прийнято закон, який запровадив у Великобританії заборону на дискваліфікацію за статевою ознакою (Sex Disqualification Act). Спілка юристів надала жінкам-юристам кімнату, де їм було дозволено зустрічатися на нерегулярній основі. Хоча неможливо точно визначити дату заснування «1919-Клуба», звичайно 1923 р. сприймається як рік його утворення. До наших днів не зберігся список перших членів цього клубу. Клуб спершу функціонував в основному як соціальна група, а також він був форумом для обговорення та рішення складностей, з якими зіштовхувалися жінки-юристи, зокрема такої проблеми, як переконати клієнтів та інших юристів сприймати їх всерйоз. Серед інших питань, які обговорювали члени «1919-Клубу» були й такі, наприклад, які стосувалися одягу жінок-юристів у суді тощо. Із часом клуб почав успішно проводити щорічні обіди, які привертали увагу представників аристократичної верхівки. Перший обід клубу було проведено в 1934 р. На той час було всього 166 кваліфікованих жінок-адвокатів. У 1946 р. були опубліковані правила, які вказували, кого можна було приймати в цей клуб: студенти юридичних факультетів, клерки та повністю кваліфіковані адвокати. До 1969 р. назва «1919-Клуб» була не досить зрозумілою, і було вирішено її замінити іншою – «Асоціація жінок-соліситорів» (AWS – Assosiation of Women Solisitors). У наступні десятиріччя почали створюватися регіональні організації AWS по всій Англії та Уельсу. Мета організації – допомога жінкам-адвокатам протягом їх професійної кар'єри [16]. У першій половині XX ст. головами цієї організації були: 1935 – Сібілла Уоррен (Sybil Warren), 1936 – Дорис Джефферіс (Dorris Jefferies), 1939 – Джоан Ведкоат (Joan Whadcoat), 1945–1966 –Ліліан Томас (Lilian Thomas), 1948–1948– Уініфред Дейв (Winifred Dawe), 1948–1949 – місіс Морган (Mrs. Morgan), 1949–1950 – Барбара Літтлвуд (Barbara Littlewood) [17].

Окрему увагу слід приділити жінкам-королівським адвокатам в історії Великобританії. У 1949 р. першими жінками у Великобританії на посаді королівських адвокатів стали (адвокатом вищої категорії): Маргарет Кідд (Margaret Kidd) (1900–1989), Хелена Нормантон (Helena Normanton)

(1882–1957) та Роза Хейлброн (Rose Heilbron) (1914–2005). Слід зазначити, що такі адвокати призначаються Королем за рекомендацією лорда-канцлера із числа адвокатів, що створили собі високу репутацію. Вони мають звання старших членів адвокатури та користуються правом виступати в якості старших адвокатів по призначенню корони. При цьому разом із ними має виступати молодший представник адвокатури. Виступаючи в суді, королівські адвокати надівають шовкову мантію на відміну від суконної мантії, яку носять молодші адвокати, чому і вступ їх у це звання називається «ту тейк сілк», тобто «одягається у шовк».

Після отримання юридичної освіти в Единбурзькому університеті в липні 1923 р. Маргарет Кідд стала першою жінкою-адвокатом у шотландській адвокатурі. Між 1923 та 1948 рр. вона залишалася єдиною жінкою-адвокатом у Шотландії. Кідд спеціалізувалася в області сімейного права. Вона була першою жінкою, що виступила по справі апеляції в Палаті Лордів. У грудні 1948 р. Маргарет Кідд було призначено королівським адвокатом при шотландській адвокатурі і вона стала таким чином першою в Британії жінкою-королівським адвокатом і взагалі єдиною жінкою-адвокатом у шотландській адвокатурі.

Хелена Нормантон прославилася тим, що була першою жінкою, допущеною до англійської юридичної корпорації в якості студента-юриста. Вона була першою жінкою, що виступила у Верховному Суді Великобританії.

Роза Хейлброн закінчила Ліверпульський університет у 1939 р. і вступила до адвокатури в цьому ж році. У неї була велика практика на півночі Англії. Вона виступала в багатьох справах про вбивства [18].

Незважаючи на ці успіхи в розвитку «жіночої адвокатури», кількість жінок-юристів у XX ст. у Великобританії була незначною. Так, у 1957 р. жінки-юристи становили 1,94 % від загальної кількості юристів [19]. У 50-ті роки XX ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 1950–1951– Барбара Літтлвуд (Barbara Littlewood), 1951–1953 – Енід Прітчард (Enid Pritchard), 1953–1954 –Марджорі Уайт (Marjorie White), 1954–1956 –Мері Арнольд (Mary Arnold), 1957–1958 –Агнес Кнайт (Agnes Knight), 1958–1961– Джоан Мартін (Jean Martin) [20].

Слід зазначити, що у 50-ті роки XX ст. Маргарет Тетчер (увійшла в історію як перша і поки єдина жінка у Великобританії, що була прем'єр-міністром цієї країни (1979–1990) показала приклад англійським жінкам, отримавши вищу юридичну освіту у 1953 р. Вже через рік Маргарет Тетчер прийняли до колегії адвокатів корпорації Lincolns Inn. Тетчер вела адвокатську практику, спеціалізуючись у питаннях оподаткування.

Проте професія юриста не приваблювала англійських жінок і в 60-ті роки минулого століття. Так, у Великобританії в 1967 р. жінки-юристи становили 2,7 % від загальної кількості юристів [21]. У 60-ті роки XX ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 1960–1961– Джоан Мартін (Jean Martin), 1961–1963 –Ульріка Гесте (Ulrica Hasyie), 1963–1964 – Мері Арнольд (Mary Arnold), 1964–1965 – Мері Оувтрем (Mary Owtram) [22].

Професія юриста залишалася «чоловічою» професією і в 70-ті роки XX ст. Так, у Великобританії в 1971 р. жінки-юристи становили 3 %, в 1977 р. – 7,33 % від загальної кількості юристів [23]. У 70-ті роки XX ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 1970–1972 – Джоан Маршалл (Jean Marshall), 1972–1975 – Джульєта Бекер (Juliet Becker), 1975–1977 – Єва Кроулі (Ewa Crawley),1977–1980 – Розалінд Бакс (Rosalind Bax) [24].

У Великобританії в 1985 р. жінки-юристи становили 13 %, в 1987 р. – 16% від загальної кількості юристів[25]. У 80-ті роки XX ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 1980–1982 – Фіона Суен (Вульф) (Fiona Swain (Woolf), 1982–1985 – Поліна Моліньюкс (Pauline Molyneux), 1985–1987 – Тереза Грант-Петеркін (Theresa Grant-Peterkin), 1987–1988 – Валері Робертс (Valerie Roberts),1988–1990 – Карен Річардсон (Karen Richardson) [26].

Шлях на фемінізацію адвокатури у Великобританії розпочинається у 90-ті роки минулого століття. У ці роки починає зростати кількість англійських жінок-юристів. Так, у Великобританії в 1997 жінки-юристи становили 32,75 %, в 1999 р. – 35 % від загальної кількості юристів[27]. У 90-ті роки XX ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 1990–1991–Рейчел Барнетт (Rachel Burnett),1991–1992 – Ріаннон Уін-Джонес (Rhianon Wynn-Jones), 1992–1993 – Джеральдін Коттон (Geraldine Cotton),1993–1994 – Аманда Ройс (Amanda Royce), 1994–1995 – Джейн Уіттекер (Jane Whittaker),1995–1996 – Гленіс Арден (Glenys Arden), 1996–1997 – Елісон Паркінсон (Alison Parkinson),1997–1998 – Дженні Стаплс (Jenny Staples), 1998–1999 – Джудіт Уілліс (Judith Willis), 1999–2000 – Анджела Морган (Angela Morgan) [28].

Останнім часом у країнах Західної Європи відбувається фемінізація юридичної професії, зокрема, зростає кількість жінок в адвокатурі. Серед західноєвропейських країн щодо кількості жінок-адвокатів пальма першості належить Великобританії. У 2012 р. в цій країні усього адвокатів було 175 463, серед яких жінки становили 78 005. У 2011 р. в адвокатурі Англії й Уельсу всього адвокатів було 159 524, серед них жінок-адвокатів – 70 18 (44 %); в 2012 р. у Північній Ірландії всього адвокатів було 2 657, серед них жінок-адвокатів – 1 248 (47 %); в 2012 р. у Шотландії всього адвокатів було 13 282, серед них жінок-адвокатів – 6 576 (49, 5 %) [29].

На початку XXI ст. Асоціацію жінок-соліситорів у Великобританії очолювали: 2000–2001 – Сьюзен Пап (Susan Pape), 2001–2002 – Антея Грейнджер (Anthea Grainger), 2002–2003– Карен Олдред (Karen Aldred), 2003–2004 – Фіона Макслоу (Fiona Muxlow), 2004–2005 – Елізабет Крікшанк (Elizabeth Cruickshank), 2005–2006 – Бома Озобіа (Boma Ozobia), 2006–2007 – Доун Діксон (Dawn Dixon), 2007–2008 – Суша Чандресекхар (Susha Chandrasekhar), 2008–2009 – Фіона Фіцджеральд (Fiona Fitzgerald), 2009–2010 – Клер МакКоннел (Clare McConnel), 2010–2011 –Крістл Хьюджз (Christl Hughes), 2011–2013 – Джой ван Кootен (Joy van Cooten), 2014 – Маргарет Хетвуд (Margaret Hatwood) [30].

У Великобританії, згідно з дослідженням, проведеним у 2013 р. міжнародною рекрутинговою кампанією «Laurence Simons», 48 % адвокатів і 28% партнерів юридичних фірм складають жінки [31]. Отже, в цій країні фактично половина адвокатів – представниці слабкої статі. Ще в 1960-ті роки XX ст. їх було всього 25 % [32].

Щоправда, в цій країні у сфері отримання заробітної плати жінки-адвокати отримують її менше, аніж чоловіки-адвокати. Наприклад, у Великобританії жінки-юристи отримують за свою працю оплату, що становить 68 % грошових коштів, що виплачуються чоловікам-юристам, і в середньому половину їх бонусної винагороди [33]. Проте така практика характерна й для інших країн світу. Наприклад, в США за одну і ту ж роботу жінки отримують менше, ніж чоловіки. Так, згідно зі звітом Бюро перепису населення США за 2007 р. жінки в юридичній сфері заробили лише приблизно 51 % від розміру чоловічих зарплат у даній галузі. Жінки-адвокати заробили в середньому 93.600 USD, або приблизно 78 % від середнього заробітку чоловіків, що склав 120.400 USD [34].

На жаль, і досі у світі зберігаються гендерні стереотипи, згідно з якими професія «адвокат» вважається «чоловічою» професією. У науковій літературі поняття «гендерні стереотипи» інтерпретується як узагальнені уявлення про норми поведінки в повсякденному житті чоловіка чи жінки, які формуються в культурі певного суспільства. Гендерні стереотипи – це шаблонне побутове уявлення про відмінності між чоловіками й жінками, приписи для чоловіків і жінок, як поводити себе згідно з відпрацьованими суспільством правилами для представників відповідної статі [35, с. 126].

І досі на жінку-адвоката деякі верстви суспільства внаслідок гендерних стереотипів дивиться насамперед як на біологічну стать, а не як на соціальну стать. Біологічна стать жінок-адвокатів викликає певні емоції в суспільстві. Їх розглядають як представниць «слабкої статі», «прекрасної статі», яким в юридичному світі адвокатури, де переважають чоловіки, складно завойовувати домінуючі позиції. Наприклад, кар'єра голови Ради адвокатів Англії і Уельса Маурі Макгован почалась із того, що потенційний клієнт – відомий рок-співак, що проходив по справі ДТП, – відмовився від її послуг. Він не бажав, щоб його представляла жінка. Практика свідчить, що в сучасному світі професій, які традиційно розглядалися як «чоловічі» (наприклад, юрист), при виборі між чоловіком та жінкою роботодавці скоріше нададуть перевагу чоловіку. Це обумовлено стійким поглядом, що жінка націлена на сім'ю, а чоловік – на кар'єру. Це серйозний бар'єр для жінки-юриста. Зокрема, такого погляду дотримується президент Юридичної спільноти Англії й Уельсу Люсі Скотт-Монкріфф. Експерт вважає, що поєднання сімейного життя і кар'єри може бути необхідним для обох статей. Більш того, роботодавці мають намагатися створити комфортні умови для своїх працівників, у першу чергу надаючи можливість гнучкого графіку. «Є компанії, які надають своїм партнерам гнучкий графік терміном на тиждень або навіть на рік. Це не означає, що людина не займається справою. Юридична професія – це професія вико-

нання конкретних завдань. І дуже важливо, що виконання юристом свого завдання зовсім не залежить від того, де він перебуває: в офісі, дома або на пляжі. Важливий результат. Тому інколи зовсім не обов'язково, щоб люди перебували в офісі весь свій робочий час. Так, часткове перебування в офісі бажано, але якщо жінка хоче більше часу проводити вдома, із сім'єю і з дітьми, чому б не надати їй гнучкий робочий графік», – вважає Л. Скотт-Монкріфф [36].

Безумовно, заслуговує на увагу досвід Великобританії щодо забезпечення гендерної рівності в адвокатурі. Як уявляється, реформи цієї країні щодо розвитку віддаленої роботи та використання гнучкого графіку в адвокатурі можна було б запозичити і в нашій країні. Таку практику цілком доцільно було б застосовувати як норму до всіх статей.

Таким чином, фемінізація адвокатури – це вже не майбутнє, а сьогодення, і до цього процесу вже залучені багато жінок-юристів із різних континентів та різних народів, незалежно від кольору шкіри, національності, віросповідання тощо. Безумовно, адвокатура має розвиватися на принципі гендерного паритету. Жінки-адвокати та чоловіки-адвокати повинні мати не лише рівні права, а й рівні можливості щодо реалізації себе в цьому напрямі юридичної діяльності. Це основне завдання на початку XXI ст., яке має бути реалізовано в усіх країнах світу, які обрали шлях на побудову паритетної демократії. І в цьому відношенні досвід Великобританії заслуговує на увагу, адже ця країна докладає багато зусиль на шляху забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у адвокатурі.

Література

1. Наша Спілка // Інформаційний бюлетень Спілки Адвокатів України. – 2009. – № 2 (4). – С. 31–34.
2. Тартаковская И. Н. Гендерный дискурс в классической социальной теории / И. Н. Тартаковская // Человек. Сообщество. Управление. – 2006. – № 2. – С. 78–94.
3. Guyard-Nedelec Alexandrine. Discrimination Against Women Lawyers in England and Wales: An Overviw / Alexandrine Guyard-Nedelec [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www. genderforum.org/.../discrimination-against.
4. Кашира Л. Гендерна політика в юридичному бізнесі та юридичній професії / Л. Кашира // Юридична газета. – 2013 р. – 12 березня. – № 11. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http: // yur-gazeta.com/publacations/legal-business/genderna-politica.
5. Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // enc.-dic.com/brokgause/zhenskoe-obrazovanie. – 105012.html.
6. Howsam Leslie. Orme, Eliza (1848-1937) / Leslie Howsam // Oxford Dictionary of National Biography. – Oxford University Press, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // www.oxforddnb.com.view/article/37825.
7. Weber Ken. Clara Brett Martin: Canada's First Woman Lawyer Ken Weber / Back issues. – 2009. – March 21 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // www. inthehills.ca/2009/03/back/clara-brett-martin.
8. Brown Carol. Benjamin, Ethel Rebecca / Carol Brown / Te Ara – the Encyclopedia of New Zealand, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: //www. TeAra.govt.nz/en/ biographies/2b18/ benjamin–ethel– rebecca.
9. Кашира Л. Вказ. праця.
10. Московскій листокъ. – 1903. – 26 (13 марта) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // starosti.ru/archive.php?m=3&y=1903.

11. Hodgman Charlotte. Women first. / Charlotte Hodgman [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: //www.historyextra.com/feature/women-first.
12. Там само.
13. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : «Укр. енциклоп.», 1998. – Т. 1: А-Г. – 669 с.
14. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : «Укр. енциклоп.", 2003. – Т. 5: П-С. – 733 с.
15. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
16. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.UK.
17. Там само.
18. Британский Союзник. – 1949. – 18 сентября [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // oldgazette.ru/britsouz/1809/text2html.
19. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
20. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.UK.
21. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
22. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.UK.
23. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс] . – Режим доступу: http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
24. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.UK.
25. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс] . – Режим доступу : http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
26. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.
27. 75 years of Women Solicitors // BBC News. – 1997. – December 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: / news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/40448.stm.
28. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.
29. CCBE Lawyers' Statistics 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: www.ccle.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/2012_table-of-lawyer.
30. Електронний ресурс. – Режим доступу: lawsociety.org.
31. Зуева М. Женщины-юристы в Британии зарабатывают на треть меньше мужчин / М. Зуева [Електронний ресурс]. – Режим доступу : m.ria.ru.world.../969404173.html.
32. Синица Н. Британия – страна победившего феминизма / Н. Синица [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: // lady.pravda.ru/articles/entertain/woman/15-10-2012/9171-fem.
33. Зуева М. Вказ. праця.
34. Электронный ресурс – Режим доступа: fin-lawyer.ru/2008/zarplaty-zhenshhin-yuristov-v-ssha/
35. Аніщук Н. В. Основи гендерного права України: [підручник для студентів вищих навчальних закладів] / Н.В. Аніщук. – Одеса: Фенікс, 2013. – 208 с.
36. Женщины в юриспруденции: курс на перемены / Дискуссионные сессии III Петербургского международного юридического форума 15-18 мая 2013 г. [Електронний ресурс. – Режим доступу : http: // global-4-ivs-turing.opera-mini.net.

Анотація

Аніщук Н. В. **Жінки в адвокатурі Великобританії: історія і сучасність.** – Стаття.

Стаття присвячена розгляду адвокатури Великобританії d контексті діяльності жінок-адвокатів в історії та сучасності. Гендерний аналіз, застосований у процесі дослідження, надає можливість по-новому, в рамках проблеми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, розкрити сутність цього правового інституту.

Ключові слова: жінки-адвокати, адвокатура Великобританії, фемінізація адвокатури, рівноправ'я жінок і чоловіків, емансипація жінок, гендерна рівність в адвокатурі.

Аннотация

Анищук Н. В. **Женщины в адвокатуре Великобритании: история и современность.** – Статья.

Статья посвящена рассмотрению адвокатуры Великобритании в контексте деятельности женщин-адвокатов в истории и современности. Гендерный анализ, использованный в процессе исследования, дает возможность по-новому, в рамках проблемы обеспечения равных прав и возможностей женщин и мужчин, раскрыть сущность этого правового института.

Ключевые слова: женщины-адвокаты, адвокатура Великобритании, феминизация адвокатуры, равноправие женщин и мужчин, эмансипация женщин, гендерное равенство в адвокатуре.

Summary

Anishchuk N. V. **Women in the legal profession UK: past and present.** – Article.

Article is devoted to the Bar Association of Great Britain in the context of women lawyers in the history and modernity. Gender analysis used in the research process, enables a new way, as part of the problem of ensuring equal rights and opportunities for women and men, rasskryt essence of this legal institution.

Key words: women-barristers, the Bar of Britain, feminization of the legal profession, equality between women and men, emancipation women, gender equality in the legal profession.

УДК 340.12:075.8

Д. В. Андреєв

ТРАНЗАКТНІСТЬ СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВИХ КОМУНІКАЦІЙ ВЛАДИ ТА СУСПІЛЬСТВА: ВІД СВОБОДИ СЛОВА ДО ДЕРЖАВНОГО ДИКТАТУ НАД ЗМІ

Нині не викликає сумніву, що суверенітет кожної держави (особливо нових демократій) зазнає впливу всесвітньої глобалізації та змушений враховувати політичні та економічні інтереси транснаціональних компаній і фондів, а також стратегічні доктрини світових країн-лідерів. Щоб уникнути подібних протиріч, властивих сучасним суспільствам та пов'язаних із цим проблемних питань легітимізації влади, слід зазначити: рівень соціально-правових комунікацій влади та суспільства доцільно досліджувати не в контексті пропонування нової державницької моделі (інформаційне суспільство), а в ході аналізу суспільної ідеї як механізму пошуку правового ідеалу.

Власне, соціально-правові комунікації в якості незаперечного підґрунтя теорії влади володіють тією перевагою, що відкривають можливість оцінки влади у порівнянні з комунікативними засобами інших видів суспільних цінностей та предикатів, наприклад з істиною, або справедливістю. Така постановка питання сприяє, власне, не лише дослідженню феномена влади, але одночасно викликає неабиякий інтерес до аналізу методологічних підходів та моделей, які виникають у різних сферах комунікативної взаємодії влади та суспільства.

У цьому контексті Ф. Фукуяма наголошує на виникненні широкого загалу наукових джерел, які обґрунтовують взаємозв'язок між процесом комунікацій і рівнем суспільного розвитку демократичних засад. Автор зауважує, що рівень розвитку держави, можливо, не впливає на розвиток демократії, але у разі її низького розвитку ймовірно скочування назад до авторитаризму. Однак, оскільки неможливим стало вважати успішним розвиток без відповідної основи, нас при розгляді згаданого питання хвилює зворотна комунікація: допомагає або шкодить демократія суспільному розвитку [1, с. 54].

Доречною у продовженні означеної теми постає теза Д. Шнаппер щодо поступового послаблення комунікаційних зв'язків між державою і грома-

© Андреєв Д. В., 2014

дянським суспільством та необхідності пошуку нових моделей активізації цього діалогу . «Ми не можемо бути впевнені, що в майбутньому сучасна демократична нація буде спроможна забезпечити комунікативні зв'язки, як це було у минулому, оскільки народний уряд без народної поінформованості або без засобів, які її забезпечать, є лише прологом до фарсу, або трагедії, або ж до обох водночас. Знання завжди управлятиме незнанням, тож якщо народ бажає керувати собою сам, мусить озброїти себе силою, яку дає знання» [2, с. 119].

Водночас, розробники теорії масової комунікації вважають, що комунікації виступають своєрідним лакмусовим еталоном з оцінки державної політики, яка передбачає не односторонню спрямованість сигналів від еліт до мас, а весь діапазон неформальних комунікаційних процесів у суспільстві, які мають найрізноманітніший вплив на процес державотворення. Тому суспільне буття неможливе без сучасних моделей комунікацій.

У роботі «Вплив масової комунікації» Дж. Клаппер зафіксував зміщення акцентів взаємовідносин, або, іншими словами, перехід влади від джерела інформації (виробника) до аудиторії (споживача), а Деніс Мак-Квейл у праці «Теорія масової комунікації» критично зауважив, що влада інколи схильна очікувати від громадської комунікації щонайменше мовчазного підтримування ладу. Однак державна влада як така не здатна зазвичай сама по собі встановлювати колективну ідентичність суспільства; не спроможна також сама по собі здійснювати соціальну інтеграцію на ґрунті колективних цінностей, що їй принципово непідвладні.

З іншого боку, у плюралістичних суспільствах не існує єдиного панівного ладу, який треба підтримувати, тому медіа як інструмент комунікаційного процесу мають різні обов'язки, зокрема, перед альтернативними соціальними групами та субкультурами, а також щодо висвітлення конфліктів і нерівностей у суспільстві [3, с. 177].

Зазначимо, що сучасна модель соціально-правової комунікативної взаємодії розглядається як ієрархічна та контагіозна, адже в більшості демократичних суспільств саме забезпечення можливостей обміну інформацією на рівні кожного індивідууму зокрема та суспільства в цілому набуває особливого значення.

Обґрунтовуючи теорію комунікаційного розвитку, Ю. Хабермас розглядав три комунікативні площини, які слід розташовувати ієрархічно:

– на першому рівні – політичні еліти впроваджують у життя свої рішення через державний апарат.

– на другому – множина анонімних груп і колективних акторів впливають однин на одного, утворюють коаліції, контролюють доступ до засобів виробництва і комунікації завдяки своїй соціальній владі, розмежовують простір для тематизації і вирішення політичних питань;

– на третьому рівні – базуються приховані комунікативні потоки, які і визначають образ політичної культури [4, с. 109–110].

До цих висновків слушно додати зауваження Н. Лумана, який зазначав, що всі комунікації в суспільстві слід формалізовувати стандартизацією та

нормуванням суспільством [5]. Висновки, зроблені по завершенні другої світової війни, щодо необхідності закріплення на міжнародному рівні основоположних прав і свобод, до яких належать і свобода слова, комунікацій та інформації, призвели до прийняття низки документів, що лише підтверджує цю тезу.

Так, стаття 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), яка ратифікована Україною у 1997 році, гарантує, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Воно полягає у свободі дотримання своїх поглядів, одержання і передавання інформації та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду [6].

Нам слід погодитися, що від рівня розвитку соціально-правових комунікацій засоби масової інформації за своїм призначенням можуть виконувати дві антагоністичні функції – від забезпечення свободи слова до «сліпої» реалізації державної інформаційної політики. У дослідженні «Конституція свободи» Ф. Хаєк, прогнозуючи подібний розвиток відносин влади та суспільства, зазначив, що «сьогодні ми повинні чітко усвідомлювати, що внаслідок змін у технологіях, які постійно створюють нові потенціальні загрози для індивідуальної свободи, жодний список захищених прав не можна розглядати як вичерпний» [7, с. 222].

Уже згадуваний нами Ю. Хабермас, пішов трохи іншим шляхом, розділивши еволюційний процес розвитку соціально-правових комунікацій на дві основні стадії. Причому підставою такої диференціації став саме стан розвитку системи засобів масових комунікацій, визначених автором як окремий суспільний феномен – «публічна сфера». Його підхід полягав у тому, що на першій стадії, в період домонополістичного капіталізму, публічна сфера дійсно була ареною для раціональних дебатів, в яких брала участь «освічена публіка». Забезпечуючи доступ на цю арену, традиційний на той час засіб масової інформації – преса – трансформував сукупність індивідуальних думок у суспільну думку, а окремих громадян – у колективне демократичне співтовариство, яке певним чином здійснювало вплив на прийняття рішень.

«Економічна незалежність, заснована на приватній власності, критичне мислення, виховане листуванням і романами..., і, що найважливіше, виникнення незалежної, орієнтованої на ринок преси створили нову публіку, залучену до критичної політичної дискусії. Завдяки цьому було сформовано заснований на розумі консенсус, який і визначав напрям державної діяльності» [8].

З плюралізацією конвергенційних процесів у державній інформаційній політиці, а також завдяки стрімкому розвитку інформаційних технологій засоби масової інформації вже почали формувати власні комунікації, формуючи базис для нової влади. У процесах монополізації основних сфер виробництва засоби масової інформації автоматично потрапили під владу глобальних корпорацій, орієнтованих, перш за все, і це зрозуміло, на отримання максимального прибутку.

Яскравим прикладом може послужити маловідома Американо-іспанська війна (1898 р.), яку, як вважають історики, спровокували дві конкуруючі медіа-гіганти, газети яких видавались у США найбільшими на той час накладами. Досить сталою сьогодні є точка зору, що військові дії стали наслідком конкурентної економічної боротьби між першим у світі медіа-магнатом У. Р. Херстом і майбутнім засновником всесвітньо відомої премії у сфері журналістики Дж. Пулітцером.

Часто використовуючи «фейкові (фальшиві) новини», журналісти видань здійснювали негативний вплив на формування суспільної думки. «Ви дайте мені картинку, а я зроблю війну» – цей вислів У. Херста пов'язують із початком війни між Іспанією та США наприкінці XIX сторіччя, про яку він, до речі, «прямо» запитував у читачів зі сторінки своєї газети «Що ви думаєте про війну нашої газети?» [9, с. 47].

Сьогоднішні реалії вказують, що проблема небезпеки «сплетіння політичними та економічними ланцюгами» влади та інституту засобів масової інформації не зникла, а, навпаки, значно поширилася, набувши нових завуальованих форм. І ця проблема стосується не тільки країн, які стоять на перехідних щаблях свого розвитку. Так, політичний скандал із незаконним збиранням інформації журналістами газети «News of the World» (входила до складу медіа-імперії Р. Мердока), що мав місце у Великобританії у 2011 році, вивів цю проблему на поверхню суспільно-політичних відносин.

У результаті було створено спеціальну слідчу комісію, яку очолив лорд-суддя Брайан Левесон. У висновках комісії було зазначено необхідність створення «сильного і незалежного наглядового органу за діяльністю ЗМІ, оскільки прийшов час, щоб політики виконали свої обіцянки і відставили в сторону свої особисті відносини з власниками та редакторами засобів масової інформації» [10].

Зміщення на перший план економічного аргументу існування засобів масової інформації руйнує саму можливість винайдення раціонального консенсусу. З іншого боку, процеси концентрації власності на мас-медіа призвели до того, що виникла ціла система елітарних організацій, які навчилися домовлятися з державою й один з одним безпосередньо, оминаючи громадську думку. Логічно, що в результаті преса, а згодом і нові мас-медіа з посередника між учасниками раціональної дискусії перетворюються на знаряддя маніпуляції, а політика – у попередньо режисований спектакль.

Таким чином, на цій стадії образ мас-медіа набуває у Ю. Габермаса «стандартних» рис: повна підконтрольність великому капіталу й абсолют-

на всемогутність щодо масової аудиторії, яка розглядається як пасивний об'єкт застосування маніпулятивних технологій [11].

Очевидно, що абсолютно всі явні і приховані процеси комунікативної взаємодії відбуваються у мікросфері повсякденної комунікації і лише час від часу викристалізовуються у публічному дискурсі або в інтерсуб'єктивності більш високого порядку. На таких аренах можуть формуватися автономні публічні організації, які також вступають у комунікацію між собою, використовуючи потенціал для самоорганізації і для самоорганізованого використання засобів комунікації.

Але якщо згода виникає як результат комунікацій – обговорення та обміну аргументами, то вона не може спиратися на них, оскільки завжди потребуватиме постійного випробування свого впливу, щоб зберегти єдність членів групи і в будь-який момент отримати їхню підтримку. Віра у згоду, у консенсус між тими, ким управляють, і тими, хто управляє, її визнання, навпаки, спирається саме на відсутність дискусії. Іншими словами, її особливість полягає в тому, що вона заснована на забороні, мовчазній, але тотальній забороні на критику. Стверджується, що право на критику зафіксовано в наших законах і звичаях. Це так, але очевидним є те, що заборона обмежує це право, щоб змусити легітимізувати владу.

Водночас нам слід розуміти, що у сфері масової комунікації, як і на будь-якому ринку, політична або економічна конкуренція витісняє «чесних, але бідних». Реальний попит, готовність і спроможність платити за доступ до інформації та каналів комунікації постійно придушує потенційний попит, не підтриманий фінансовими, техніко-технологічними, культурно-освітніми ресурсами. Ринкова конкуренція створює зростаючий «інформаційно-комунікативний розрив», який врешті трансформується в критичний розрив у рівні знань, фінансово-економічних показниках, загального стану діалогу влади та суспільства тощо.

Отже характеристики нових технологій змушують нас вийти за межі традиційної масової комунікації. Цю нову сферу можна назвати транзактною медійною комунікацією. Транзактна означає зміну ролей – перехід до таких міжособових комунікаційних відносин, в яких кожна сторона може по черзі виступати в ролі відправника, отримувача або передавача інформації.

Таким чином, відбувається обмін інформацією, певними знаками, а в результаті і конкретними знаннями. Медійна означає, що ці технології включають у себе медіа. У більшості медіа-систем, які підтримують транзактні комунікації, можлива масова комунікація. Іншими словами, комунікаційними транс-діями може користуватися необмежене коло осіб.

Зрозуміло, що в сучасному суспільстві, де громадяни та еліти живуть у спільному і досить відкритому просторі, застарілі механізми державного управління виявляються неспроможними виконувати свої основні функції. Нові комунікаційні технології не можна назвати «мас-медійними» у звичному розумінні цього поняття. Від традиційних мас-медіа їх відрізняє особлива природа, децентралізоване виробництво та інтерактивний формат [12, с. 397].

Авторитарні методи виявляються абсолютно не придатними для забезпечення дієвого контролю над динамічним, нестабільним розвитком соціально-економічних, культурних відносин, які мають місце в сучасному суспільстві. Більш того, вони виявляються нездатними забезпечити захист національних інтересів, що є обов'язковою гарантією розвитку держави. Загалом держава, яка втрачає інформаційний суверенітет, згодом перестає існувати взагалі.

Водночас необхідно враховувати той очевидний факт, що динаміка розвитку комунікативних відносин часто є випереджає управлінські можливості державного апарату, і в якості альтернативи жорсткому державному регулюванню або революційним трансформаціям у сфері комунікацій має бути розроблена концепція державної комунікативної політики на основі ідеї ефективного використання потенціалу двох водночас взаємопов'язаних і антагоністичних систем – держави та засобів масової комунікації.

Сьогодні очевидним є те, що розвиток нерегульованого ринку засобів масової комунікації обмежує свободу комунікацій шляхом створення бар'єрів насамперед для інформації, яка становить соціально-правовий інтерес (правовиховна, правоосвітня, культурна, наукова тощо), але малоцікава з економічної точки зору. Фактично відбувається підміна понять: зміна уявлення про інформацію з категорії «суспільне благо» на «комерційний зиск».

Крім того, комерціалізація засобів соціально-правової комунікацій, їх приватизація за законами нерегульованого ринку призводить до монополізації власності щодо засобів масової інформації та обмеження можливостей вибору. Це створює підставу для розгляду проблеми комунікативних зв'язків як похідної від іншої проблеми, яка виникає з протистояння свободи комунікації та необмеженого диктату як з боку влади, так і з боку фінансово-промислових груп.

Комунікації здійснюються одним або декілька ми способами: дія, спрямована на інших; взаємодія з іншими людьми та реакція на дію інших комунікантів. Акт комунікації, чи то міжособистісна, опосередкована або масова комунікація, визначає протікання певного процесу. У найпростішому випадку комунікація історично розумілася як процес передачі інформації певним каналом від одного суб'єкта-відправника до іншого суб'єкта-отримувача, в результаті якого відбуваються певні зміни в системі.

Водночас навіть у найпростішій формі комунікація має складний інтерактивний та транзактний характер. Особливо це стосується масових комунікацій, які здійснюються шляхом передачі інституціолізованої інформації на невизначену аудиторію, яка здебільшого є гетерогенною, тобто характеризується різними демографічними параметрами, і зазвичай є знеособленою для суб'єкта-відправника. З цієї позиції інтерактивність (від англ. interactive – взаємодіючий) розглядається як ступінь взаємодії між об'єктами, діалогічності комунікації [13, с. 353].

Конвергенційні процеси у сфері мас-медіа фактично знівелювали ефективність методів державного управління в інформаційній сфері минулого

сторіччя, які здебільшого засновувались на принципах закритості державної інформаційної політики, та змушували органи державної влади розробляти і впроваджувати нові регуляторні механізми. Водночас максимізація свободи комунікацій передбачає розширення вибору засобів масової комунікації, що потребує їх урізноманітнення, доступність та підвищення рівня медіа-освіченості в суспільстві.

Досліджуючи природу соціально-правової комунікаційної взаємодії, можна обґрунтувати гіпотезу щодо доцільності розгляду суспільства як особливої самореферентної системи, яка сама себе досліджує. Навіть проста комунікація можлива лише в рекурсивній мережі попередньої і наступної комунікації. Така мережа може сама себе тематизувати, інформувати про власні комунікації, піддавати інформацію сумніву, не приймати її, нормувати комунікації як допустимі або неприпустимі тощо.

З огляду на зазначене, можна припустити, що «ідеалізовані» на засадах вільного ринку концепти комунікативної взаємодії мають бути відкинуті на користь більш складного та диференційованого поняття свободи комунікації.

На підставі вищезазначеного ми можемо зробити висновок: існуюча в Україні модель комунікаційної взаємодії органів влади та суспільства потребує докорінного реформування, адже сьогодні відбуваються незворотні процеси трансформації традиційних засобів масової інформації у новітні засоби комунікації, які ще декілька років тому вважалися привілеями еліт. Причому створення державного регулятора інформаційних відносин – Міністерства інформації України – значний крок назад у процесі створення самореферентної та саморегулюючої публічної сфери, яка, власне, може гарантувати демократичний розвиток інститутів громадянського суспільства.

Динаміка розширення сучасного простору соціально-правової комунікації знаходить вираження в тенденціях, які мають забезпечити підвищення ефективності комунікативної взаємодії влади та громадянського суспільства, що призведе до:

– підвищення показників національної конкурентоспроможності за рахунок розвитку людського потенціалу, а також розширення потенціалу індустрії масової інформації;

– економічного зростання, результатом якого має стати поліпшення життєвого рівня населення, забезпечення прав і свобод людини, надання рівного якісного доступу до інформації, освіти тощо;

– сприяння становленню відкритого демократичного суспільства, яке гарантуватиме дотримання конституційних прав громадян щодо участі в суспільному житті, прийнятті відповідних рішень органами влади.

Література

1. Фукуяма Ф. Сильное государство: Управление и мировой порядок в XXI веке [Текст] : [пер. с англ.] / Фрэнсис Фукуяма. – М. : АСТ; ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 220 с.
2. Кін Джон. Масмедіа і демократія [Текст] / Джон Кин ; [пер. з англ. О. Гриценко]. – К. : К.І.С., 1999. – 134 с.

3. Харрис Р. Психология массовых коммуникаций / Р. Харріс ; [пер. с. англ.]. – СПб. : ПРАЙМ-ЕВРОЗНАК, 2002. – 448 с.
4. Хабермас Ю. Политические работы [Текст] / Юрген Хабермас; [пер. с нем. Б. М. Скуратова; сост. А. В. Денежкина]. – М. : Праксис, 2006. – 365 с.
5. Луман Н. Понятие общества / Никлас Луман // Проблемы теоретической социологии / Под. ред. А. О. Бороноева. – СПб. : Петрополис, 1994. – С. 25–42.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2006, 00. – № 2.
7. Хаєк Ф.А. Конституція свободи / Ф.А. Гаєк ; [пер. з англ. М. Олійник та А. Королишина]. – Львів : Літопис, 2002. – 556 с.
8. Хабермас Юрген. Первым почуять важное: что отличает интеллектуала? / Юрген Хабермас // Неприкосновенный запас; [пер. с нем. Кирилла Левинсона]. – Дебаты о политике и культуре. – 2006. – № 3 (47). [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://magazines.russ.ru/nz/ 2006/47
9. Брайант Д. Основы воздействия СМИ (Fundamentals of Media Effects) / Д. Брайант, С. Томпсон ; [пер. с англ. В. В. Кулебы и Я. А. Лебеденка]. – М. : Вільямс, 2004. – 432 с.
10. Британский судья приговорил прессу. Закон о СМИ расколол Великобританию // Газета «Коммерсантъ». – № 228/П (5013). – 3 декабря 2012.
11. Хабермас Ю. Философский спор вокруг идеи демократии / Ю. Габермас [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://kant.narod.ru/habermas.htm
12. Брайант Д. Основы воздействия СМИ (Fundamentals of Media Effects) / Д. Брайант, С. Томпсон ; [пер. с англ. В. В. Кулебы и Я. А. Лебеденка]. – М. : Вільямс, 2004. – 432 с.
13. Новітні медіа та комунікаційні технології : комплекс навчальних програм для спеціальностей «Журналістика», «Видавнича справа та редагування», «Реклама та зв'язки з громадськістю» / За заг. ред. В. Е. Шевченка. – Паливода А. В., 2012. – 412 с.

Анотація

Андреєв Д. В. **Транзактність соціально-правових комунікацій влади та суспільства: від свободи слова до державного диктату над ЗМІ.** – Стаття.

В статті розглядаються проблемні питання взаємодії влади та суспільства за допомогою механізмів соціально-правових комунікацій, які у свою чергу досліджуються з позиції відповідності правовим ідеалам. Особлива роль у цьому процесі відводиться засобам масової інформації, функції яких варіюються від забезпечення свободи слова до «сліпої» реалізації державної інформаційної політики. Водночас пропонуються новітні (транзактні) моделі комунікацій, що в змозі нівелювати диктат влади над публічною сферою і, відповідно, розвитком громадянського суспільства.

Ключові слова: суспільство, влада, соціально-правові комунікації, транзактність, засоби масової інформації, владний диктат.

Аннотация

Андреев Д. В. **Транзактность социально-правовых коммуникаций власти и общества: от свободы слова до государственного диктата над СМИ.** – Статья.

В статье рассматриваются проблемные вопросы взаимодействия власти и общества, осуществляемые с помощью механизмов социально-правовых коммуникаций, которые в свою очередь исследуются с позиции соответствия правовым идеалам. Особая роль в этом процессе отводится средствам массовой информации, функции которых варьируются от обеспечения свободы слова до «слепой» реализации государственной информационной политики. Одновременно предлагаются новые (трансактивные) модели коммуникаций, которые в состоянии нивелировать диктат власти над публичной сферой и, соответственно, развитием гражданского общества.

Ключевые слова: общество, власть, социально-правовые коммуникации, трансактность, средства массовой информации, властный диктат.

S u m m a r y

Andreev D. V. **Transaction of social and legal ties between the authorities and society: from freedom of speech to state diktat over the media.** – Article.

The article considers the issues of interaction between the authorities and society through mechanisms of socio-legal communications, which in turn are investigated from the perspective of compliance with legal ideals. A special role in this process is seen in the media, whose functions range from ensuring freedom of speech to "blind" implementation of the state information policy. However, the latest (transaction) models of communication are offered, which are able to neutralize the dictates of the authorities over the public sphere and, accordingly, over the development of civil society.

Key words: society, authority, social and legal communication, transaction, media, government diktat.

УДК 347:366.12

Г. Б. Яновицька

ПРАВА СПОЖИВАЧА В РАЗІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ НА ВІДСТАНІ

Сьогодні Інтернет – це не лише інформаційна павутина, а й економічно вигідне джерело придбання товарів чи замовлення послуг. Щодо реалізації товарів (послуг) в Інтернеті застосовуються правила укладення договору на відстані, тобто ст. 13 Закону України «Про захист прав споживачів» [1]. Пропозиція укласти такий договір має форму публічної оферти. Це найпоширеніша й найзручніша форма укладення договору в мережі для продавця. Згідно зі ст. 633 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2] публічним є договір, у якому одна сторона (підприємець) взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться. Публічний договір розміщується на відповідному сайті або іншим шляхом, доступним для будь-якого покупця товарів і споживача послуг. Він містить загальні умови купівлі-продажу товару, робіт, послуг, які є однаковими для всіх покупців і споживачів. Безпосередньо предмет договору, сам вид товару (послуг), їх кількість можуть оформлюватися шляхом подання відповідної заявки (заповнення форм, вибору товару (послуг) тощо). Прийняття й підтвердження такої заявки є невід'ємною частиною (обов'язковою умовою) публічного договору. Роблячи відповідну заявку на купівлю товару (послуги) і здійснюючи відповідну оплату в спосіб, передбачений публічним договором, покупець (споживач послуги) фактично акцептує умови публічного договору. Таким чином, укладання договору відбувається шляхом загальнодоступної публікації публічного договору (оферти) з боку продавця товару (послуг) і згоди на такі умови з боку покупця через вибір товару (послуг) та оплати.

Є певні обмеження щодо застосування положень ст. 13 Закону України «Про захист прав споживачів». Так, її положення не застосовуються до договорів, укладених на відстані, які стосуються:

1) правочинів із нерухомим майном, окрім оренди такого майна;
2) правочинів із цінними паперами;
3) фінансових послуг;

© Яновицька Г. Б., 2014

4) продажу товарів торговельними автоматами;

5) телекомунікаційних послуг;

6) правочинів, здійснених на аукціоні, якщо участь у ньому можлива й без використання засобів дистанційного зв'язку.

Обов'язковою законодавчою вимогою є надання продавцем (виконавцем) певної інформації про:

1) найменування продавця (виконавця), його місцезнаходження й порядок прийняття претензії;

2) основні характеристики продукції;

3) ціну, включаючи плату за доставку, та умови оплати;

4) гарантійні зобов'язання й інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом продукції;

5) інші умови поставки або виконання договору;

6) мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичні поставки продукції або послуг;

7) вартість телекомунікаційних послуг, якщо вона відрізняється від граничного тарифу;

8) період прийняття пропозицій;

9) порядок розірвання договору.

Зазначимо, що інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги). Обов'язковою умовою є те, що споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого й компетентного вибору. Інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги). Необхідна інформація – інформація, що відображає відомості про продукцію. Доступна інформація – інформація, що має бути доступною для сприйняття різними групами користувачів, аналітиків, бути однозначною, чіткою й без зайвої деталізації. Достовірна інформація – інформація, яка відповідає реальності. Своєчасна інформація – саме та інформація, що потрібна на цей момент. Стосовно продукції, яка підлягає обов'язковій сертифікації, споживачеві повинна надаватись інформація про її сертифікацію.

Щодо продукції, яка за певних умов може бути небезпечною для життя, здоров'я споживача та його майна, навколишнього природного середовища, виробник (виконавець, продавець) зобов'язаний довести до відома споживача інформацію про таку продукцію й можливі наслідки її споживання (використання).

Інформація споживачеві повинна надаватися згідно із законодавством про мови, має доводиться до відома споживачів виробником (виконавцем, продавцем) у супровідній документації, що додається до продукції, на етикетці, а також у маркуванні чи іншим способом (у доступній наочній формі), прийнятим для окремих видів продукції або в окремих сферах обслуговування.

Захист інтересів і прав споживачів неможливий без забезпечення гарантії отримання товарів і послуг високого рівня якості. Це основний кри-

терій, який впливає на поведінку споживача під час здійснення покупки або отримання послуги. Поняття «якість» включає такі характеристики, як надійність, безпека для здоров'я, зручність в експлуатації, відповідність виробу його функціональному призначенню, сучасним науково-технічним стандартам, екологічним вимогам тощо. У 1986 р. Міжнародна організація зі стандартизації (ISO, 1946 р., Лондон) сформулювала терміни для означення якості для всіх галузей бізнесу та промисловості. У 1994 р. у процесі уточнення термінології було стандартизовано таке визначення поняття якості: «Якість – це сукупність характеристик об'єкта, які стосуються його здатності задовольняти встановлені та передбачені потреби» [3, с. 13]. Закон України «Про захист прав споживачів» дає таке визначення належної якості продукції: продукція, яка відповідає вимогам, встановленим для цієї категорії продукції в нормативно-правових актах і нормативних документах, та умовам договору зі споживачем.

Враховуючи аналізовані правовідносини, варто відзначити, що якість товарів повинна відповідати також вимогам договору. Зокрема, у ст. 673 ЦК України передбачається, що якість проданої речі повинна відповідати умовам договору, а за відсутності вказівок у договорі – звичайно пропонованим вимогам. При цьому річ, продана торговельною організацією, повинна відповідати стандартам, технічним умовам або зразкам, встановленим для речей цього роду, якщо інше не постає з характеру цього виду купівлі-продажу. Купуючи товар, споживач бере до уваги вимоги щодо якості, вони стають умовами договору.

Згідно з п. 1 ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» продавець не повинен включати в договір зі споживачем умови, які є несправедливими (якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача). Під час укладення договору на відстані варто врахувати, що за відсутності в ньому умови про якість товарів продавець зобов'язаний передати споживачеві товар (зробити послугу) звичайної якості, придатний для використання відповідно до мети, про яку продавець (виконавець) знав під час укладення договору. Якщо ж продавець (виконавець) не знав, для якої мети споживач хоче придбати товар, то він повинен передати товар (зробити послугу) звичайної якості, який придатний для цілей, для яких товари (послуги) такого роду звичайно використовуються. Таким чином, якість проданої речі повинна відповідати звичайно пропонованим вимогам до подібних товарів і послуг (ст. 673 ЦК України).

Продавець (виконавець) також зобов'язаний інформувати споживача про можливий ризик і про безпечне використання продукції. Безпечна нехарчова продукція – будь-яка продукція, яка за звичайних або обґрунтовано передбачуваних умов використання (у тому числі щодо строку служби та за необхідності введення в експлуатацію вимог стосовно встановлення й технічного обслуговування) не становить жодного ризику чи становить лише мінімальні ризики, зумовлені використанням такої продукції, які вважаються прийнятними й не створюють загрози суспільним інтересам. Без-

печність харчового продукту – стан харчового продукту, що є результатом діяльності з виробництва й обігу, яка здійснюється з дотриманням вимог, встановлених санітарними заходами та/або технічними регламентами, та забезпечує впевненість у тому, що харчовий продукт не завдає шкоди здоров'ю людини (споживача), якщо він спожитий за призначенням [4]. Пунктом 4 ст. 14 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачено чітку заборону реалізації продукції (у тому числі імпортних товарів) без маркування національним знаком відповідності та/або без сертифіката відповідності чи декларації про відповідність.

Продавець (виконавець), який реалізує продукцію, повинен обов'язково зазначати ціну кожної одиниці такої продукції або однієї категорії продукції та ціну однієї стандартної одиниці цієї продукції. Написи щодо ціни реалізації продукції мають бути чіткими та простими для розуміння й включати в себе всі податки та неподаткові обов'язкові платежі, які згідно із законодавством сплачуються споживачем під час придбання відповідної продукції.

На аукціонних торгах споживачам повинна повідомлятися стартова ціна продажу відповідного товару. Ціна товару зазначається за одну упаковку такого товару, а якщо товар поставляється без упаковки – за одиницю вимірювання, яка зазвичай застосовується до такого товару.

Коли за одну ціну пропонується кілька товарів, робіт або послуг чи їх поєднання або якщо продавець (виконавець) надає споживачеві під час реалізації однієї продукції право одержати іншу продукцію за зниженою ціною, до споживача доводиться інформація щодо:

1) змісту й вартості пропозиції, у разі пропонування товарів, робіт або послуг за одну ціну – ціни таких товарів, робіт або послуг, взятих окремо;

2) умов прийняття пропозиції, зокрема строку її дії та будь-яких обмежень, включаючи обмеження щодо кількості.

Вживання понять «знижка» або «зменшена ціна» чи будь-яких інших, аналогічних за значенням, дозволяється лише з додержанням таких умов:

1) якщо вони застосовуються до продукції, яку безпосередньо реалізує суб'єкт господарювання;

2) якщо такого роду знижка або зменшення ціни застосовується протягом визначеного та обмеженого періоду часу;

3) якщо ціна продукції є нижчою від її звичайної ціни.

Вживання поняття «розпродаж» або будь-яких інших, аналогічних йому, дозволяється лише з додержанням таких умов:

1) якщо здійснюється розпродаж усіх товарів у межах певного місця або чітко визначеної групи товарів;

2) якщо тривалість розпродажу обмежено в часі;

3) якщо ціни товарів, що підлягають розпродажу, є меншими від їх звичайної ціни.

У цих правовідносинах допускається післяплата на пошті чи кур'єру після візуального огляду товару, перевірки його відповідності замовленню, отримання документів на товар. Для продавця вигідною є передплата за

ще не поставлений товар. Споживач має отримати належно оформлений розрахунковий документ.

Договір на відстані укладається в усній формі. Проте сам факт надання інформації повинен бути підтверджений письмово або за допомогою електронного повідомлення. Інформація, підтверджена таким чином, не може бути змінена продавцем (виконавцем) в односторонньому порядку. Як свідчить практика, більшість продавців у мережі Інтернет не виконує цю вимогу, оскільки вважають, що інформація, яка розміщена на веб-сайті, надається споживачу достатньою мірою. Підтвердження інформації не вимагається, якщо послуга надається засобами дистанційного зв'язку й оплачується через оператора телекомунікаційних послуг. З іншого боку, якщо воля кредитора й боржника виражена за допомогою електронного або іншого технічного засобу зв'язку, то згідно із ч. 1 ст. 207 Цивільного кодексу України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі. Відповідно до ч. 3 цієї статті використання під час вчинення правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів. Можна зробити висновок, що національне законодавство прирівнює електронні договори до паперових і допускає можливість підписання їх електронним підписом відповідно до спеціального закону. Таким спеціальним законом є Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» [5], який у ст. 5 визначає електронний документ як документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Обов'язковим реквізитом електронного документа визначено електронний підпис (ст. 6 зазначеного закону).

Відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» [6] електронний підпис – дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або які логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. Тобто під електронним підписом розуміються різні способи підписання електронного документа: текстовий підпис в електронному документі, цифрове зображення рукописного підпису, секретний код, пароль тощо.

Споживач має право розірвати укладений на відстані договір шляхом повідомлення продавця (виконавця) про це протягом чотирнадцяти днів із моменту підтвердження інформації або з моменту одержання товару чи першої поставки товару.

Якщо підтвердження інформації не вимагається, споживач може розірвати договір протягом чотирнадцяти днів із моменту його укладення. У разі продажу матеріальних речей їх повернення також свідчить про розірвання договору. Якщо підтвердження інформації не відповідає вимогам, встановленим Законом України «Про захист прав споживачів», строк, протягом якого споживач має право розірвати договір, становить дев'яносто

днів із моменту одержання такої інформації, у разі продажу матеріальних речей – із моменту одержання товару або першої поставки товару. Якщо протягом цього строку підтвердження інформації було виправлене, споживач має право розірвати договір протягом чотирнадцяти днів із моменту одержання виправленого підтвердження.

Коли інше не передбачено договором, споживач не має права розірвати договір, укладений на відстані, якщо:

1) надання послуги або поставка товару електронними засобами зв'язку за згодою споживача відбулися до закінчення строку розірвання договору, про що споживачеві було повідомлено в підтвердженні інформації;

2) ціна товару або послуги залежить від котирування на фінансовому ринку, тобто перебуває поза контролем продавця;

3) договір стосується виготовлення або переробки товару на замовлення споживача, тобто якщо товар не може бути проданий іншим особам або може бути проданий лише з істотними фінансовими втратами для продавця (виконавця);

4) споживач відкрив аудіо– чи відеокасету або носій комп'ютерного забезпечення, які постачаються запечатаними;

5) договір стосується доставки періодичних видань;

6) договір стосується лотерей чи інших азартних ігор.

Якщо інше не передбачено договором, укладеним на відстані, продавець повинен поставити споживачеві товар протягом прийнятного строку, проте не пізніше тридцяти днів із моменту одержання згоди споживача на укладення договору.

У разі неможливості виконання договору через відсутність замовленого товару продавець повинен негайно повідомити про це споживача, проте не пізніше тридцяти днів із моменту одержання згоди споживача на укладення договору.

Продавець може використовувати стандартну умову в договорі про можливість заміни товару в разі його відсутності іншим товаром. Така умова вважатиметься справедливою, якщо:

1) інший товар відповідає меті використання замовленого товару;

2) має таку ж або кращу якість;

3) його ціна не перевищує ціни замовленого товару.

Про наявність такої умови в договорі споживач повинен бути повідомлений перед укладенням договору.

Продавець (виконавець) і споживач наділені іншими обов'язками.

Зокрема, у разі розірвання договору споживач повинен повідомити продавця (виконавця) про місце, де продукція може бути повернена. Будь-які витрати, пов'язані з поверненням продукції, покладаються на продавця (виконавця). Продавець (виконавець) повинен відшкодувати витрати споживача у зв'язку з поверненням продукції.

У разі розірвання договору обов'язок споживача зберігати в себе продукцію припиняється після шістдесяти днів після її одержання. Якщо продавець (виконавець) не вживає заходів для повернення її собі протягом

зазначеного періоду, така продукція переходить у власність споживача без виникнення зобов'язання з оплати її вартості.

Якщо споживачеві не було надано документ, який засвідчує факт здійснення правочину на відстані, такий правочин не є підставою виникнення обов'язків для споживача.

У разі ненадання документа або підтвердження інформації споживач повідомляє продавця (виконавця) про недійсність договору. Продавець (виконавець) протягом тридцяти днів із моменту одержання такого повідомлення повинен повернути споживачеві одержані кошти та відшкодувати витрати, понесені споживачем у зв'язку з поверненням продукції.

Для здійснення права на розірвання договору споживач повинен зберігати одержану продукцію в незмінному стані.

Знищення, пошкодження або псування продукції, що сталося не з вини споживача, не позбавляє права споживача на розірвання договору.

Коли продавець (виконавець) або третя особа надала споживачеві кредит на суму коштів за договором, укладеним на відстані, такий кредит втрачає чинність у момент розірвання договору. Якщо протягом установлених строків продавець (виконавець) не здійснює повернення сплаченої суми грошей за продукцію в разі розірвання договору, споживачеві сплачується неустойка в розмірі одного відсотка вартості продукції за кожний день затримки повернення грошей.

За невиконання чи неналежне виконання умов договору на відстані суб'єкт господарювання несе відповідальність.

Зокрема, коли надання недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію та про виробника (виконавця, продавця) спричинило:

1) придбання продукції, яка не має потрібних споживачеві властивостей, споживач має право розірвати договір і вимагати відшкодування завданих йому збитків;

2) неможливість використання придбаної продукції за призначенням, споживач має право вимагати надання в прийнятно короткий, проте не більше місяця, строк належної інформації. Якщо інформацію в обумовлений строк не буде надано, споживач має право розірвати договір і вимагати відшкодування збитків;

3) заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну споживача, споживач має право пред'явити продавцю (виробнику, виконавцю) вимоги, передбачені законом, а також вимагати відшкодування збитків, завданих природним об'єктам, що перебувають у його володінні на праві власності або на інших підставах, передбачених законом чи договором.

Також ст. 23 Закону України «Про захист прав споживачів» закріплено штрафні санкції щодо суб'єктів господарювання. Наприклад, за відсутність необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію – у розмірі тридцяти відсотків вартості одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, проте не менше п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а коли відповідно до зако-

ну суб'єкт господарської діяльності не веде обов'язковий облік доходів і витрат, – у розмірі п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; за виготовлення або реалізацію продукції, що не відповідає вимогам нормативних документів, – у розмірі п'ятдесяти відсотків вартості виготовленої або одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, проте не менше десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а коли відповідно до закону суб'єкт господарської діяльності не веде обов'язковий облік доходів і витрат, – у розмірі десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; за реалізацію продукції, що підлягає обов'язковій сертифікації в Україні, однак у документах, згідно з якими її передано на реалізацію, відсутні реєстраційні номери сертифіката відповідності або свідоцтва про визнання відповідності, – у розмірі п'ятдесяти відсотків вартості одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, проте не менше десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а коли відповідно до закону суб'єкт господарської діяльності не веде обов'язковий облік доходів і витрат, – у розмірі десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; за виготовлення або реалізацію продукції, що не відповідає вимогам нормативних документів, нормативно-правових актів стосовно безпеки для життя, здоров'я та майна споживачів і навколишнього природного середовища, – у розмірі трьохсот відсотків вартості виготовленої або одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, проте не менше двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а коли відповідно до закону суб'єкт господарської діяльності не веде обов'язковий облік доходів і витрат, – у розмірі п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; за реалізацію товару, строк придатності якого минув, – у розмірі двохсот відсотків вартості залишку одержаної для реалізації партії товару, проте не менше п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У цілому на законодавчому рівні нині недостатньо врегульована електронна торгівля та продаж у мережі Інтернет. Неоднозначне тлумачення існуючих норм потребує більш детального вивчення й конструктивних пропозицій щодо вдосконалення аналізованих правовідносин.

Література

1. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 березня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
3. Салухіна Н.Г. Захист прав споживачів : [навчальний посібник] / Н.Г. Салухіна, О.М. Язвінська, О.І. Башкатова. – К. : МАУП, 2007. – 382 с.
4. Про безпечність та якість харчових продуктів : Закон України від 8 травня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 19. – Ст. 98.
5. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275.
6. Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 276.

Анотація

Яновицька Г. Б. **Права споживача в разі укладення договору на відстані.** – Стаття.

У статті зосереджена увага на проблемі укладення споживачем договору на відстані. Укладення такого договору відбувається шляхом загальнодоступної публікації публічного договору (оферти) з боку продавця товару (послуг) і згоди на такі умови з боку покупця через вибір товару (послуг) та оплати. Автор виявляє ризики дистанційних договорів і представляє необхідні рекомендації щодо їх усунення.

Ключові слова: споживач, договір на відстані, товар, послуга.

Аннотация

Яновицка Г. Б. **Права потребителя в случае заключения договора на расстоянии.** – Статья.

В статье сосредоточено внимание на проблеме заключения потребителем договора на расстоянии. Заключение такого договора происходят путем общедоступной публикации публичного договора (оферты) со стороны продавца товара (услуг) и согласия на такие условия со стороны покупателя за выбор товара (услуг) и оплаты. Автор выявляет риски дистанционных договоров и представляет необходимые рекомендации по их устранению.

Ключевые слова: потребитель, договор на расстоянии, товар, услуга.

Summary

Yanovytska H. B. **Consumers' rights in the case of a contract at a distance.** – Article.

The article focuses on the problem of making by consumer a contract at a distance. Signing the contract is held via popular publication of a public contract (offer) by the seller of the goods (services) and consent to these conditions by the buyer through the choice of goods (services) and payment. The author reveals the risks of distance contracts and provides the necessary recommendations their elimination.

Key words: consumer, contract at a distance, goods, services.

УДК 342.9:321.03

Н. О. Армаш

ДО ПИТАННЯ ПРО ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ДЕРЖАВНИХ ПОЛІТИЧНИХ ДІЯЧІВ

Визначення обсягу та наповнення компетенції державних політичних діячів тісно пов'язане з окресленням основних функціональних характеристик такої посади. У цій статті ми звернемось суто до тих характеристик адміністративно-правового статусу державного політичного діяча, які є визначальними для встановлення його функцій. У різні часи проблемам визначення функцій та компетенції державної служби приділяли увагу такі вчені, як В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Л.Р. Біла, А.С. Васильєв, І.П. Голосніченко, В.А. Дерець, С.Д. Дубенко, Д.П. Калаянов, Р.А. Калюжний, С.В. Ківалов, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, Є.Б. Кубко, О.В. Кузьменко, Н.Р. Нижник, І.М Пахомов, В.П. Пєтков, С.В. Пєтков, А.О. Селіванов, О.Ю. Синявська, С.Г. Стеценко, М.М. Тищенко, В.В. Цвєтков, В.М. Шаповал, О.І. Щербак, М.К. Якимчук, Н.В. Янюк та деякі інші правознавці. Проте врахування особливостей державних політичних діячів вимагає інших підходів до розуміння сутності функції як правової категорії.

Викладене зумовлює актуальність статті, її важливе теоретичне і практичне значення щодо подальшого розвитку адміністративного права в умовах сучасного державотворення.

Предметом дослідження є визначення функцій державних політичних діячів у межах їх адміністративно-правового статусу.

Функціональне призначення будь-якої посади є визначальним для статусу особи, яка цю посаду обіймає. І.Л. Бачило вважає, що «загальне визначення діяльності суб'єкта (органу або особи) з організації й розвитку підпорядкованого йому колективу з метою досягнення соціально корисного результату можна назвати функцією управління взагалі» [1, с. 40]. Також вона наголошує на тому, що «функції органів управління є первинною, постійною й достатньою категорією, яка виражає цілі системи з урахуванням причинно-наслідкових залежностей об'єкта й суб'єкта в різних підсистемах державного управління» [2, с. 9]. Схожу позицію відстоював і О.Є. Луньов, визначаючи функції управління «своєрідними комунікаційни-

© Армаш Н. О., 2014

ми каналами, які діалектично поєднують і інтегрують керовану й керівну системи» [3, с. 100]. У свою чергу В.П. Пєтков зауважує, що «більш продуктивним буде підхід із точки зору реального змісту управління як специфічного виду суспільної діяльності, визначення його характерних рис та ознак, не обмежуючись юридичною формальною оцінкою... Зважаючи на вищесказане, державне управління – це процес управління суспільством за допомогою виконання функцій держави (законодавчих, судових, оборонних, громадських, організаційних, політичних, розпорядчих, економічних, соціальних, освітніх, зовнішніх) з метою досягнення прогресивного розвитку суспільства та задоволення його потреб» [4].

Функція є втіленням групової належності тих чи інших дій органів виконавчої влади. Вона дає змогу виявити вектор діяльності органу виконавчої влади та очікувані результати його публічної діяльності, «безпосередньо виражає владно-організуючу сутність управління» [5, с. 49].

Окремі автори ототожнюють функції управління з управлінськими діями. Так, Д.Д. Цабрія визначає функції управління як «найбільш важливі, типові та стабільні управлінські дії» [6, с. 10]. Із цього приводу цікавим є приклад Реєстру державних функцій, сформованого Центром адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності» на період до 2010 року» від 15.08.2007 № 657-р згідно з результатами комплексного горизонтального функціонального обстеження 61 центрального органу виконавчої влади (функціональне обстеження).

Реєстр державних функцій – це електронна база даних функцій, які виконуються органами виконавчої влади, що містить інформацію про: нормативно-правовий акт, яким затверджена та чи інша функція; орган, за яким закріплено виконання функції; тип функції (нормативно-правове регулювання, контроль та нагляд, управління майном, державна послуга, в тому числі її платність чи безоплатність; сфера функції (інтелектуальна власність, податки тощо) [7]. Акцентуємо увагу на виділенні типу функції та змісту, який вкладається в цю категорію.

Так само помилково підходять до розуміння функцій і, як наслідок, до їх переліку автори Концепції упорядкування системи центральних органів виконавчої влади (Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу). Зокрема, ними пропонується закріпити за кожним із типів органів виключний перелік функцій, який би не створював внутрішнього конфлікту всередині органу через нераціональне поєднання функцій. Функції органу виконавчої влади можуть бути представлені в такій типології:

1) функції з формування державної політики (визначення базових пріоритетів і напрямів розвитку, методів їх досягнення, постановка термінів та очікуваних соціально-економічних результатів у певній сфері економіки і суспільного життя);

2) функції правотворчі (видання на підставі і на виконання Конституції України, законів України обов'язкових для виконання органами вико-

навчої влади норм і правил, які регулюють відносини в конкретній сфері та поширюються на невизначене коло осіб);

3) функції правозастосовчі (видання актів, за допомогою яких вирішуються індивідуальні спори та питання щодо конкретних осіб (особи), які породжують виникнення персоніфікованих адміністративних правовідносин);

4) функції з контролю і нагляду в установленій сфері діяльності (здійснення перевірки виконання органами виконавчої влади встановлених Конституцією України, законами України та іншими нормативно-правовими актами загальнообов'язкових правил і норм поведінки в економіці і суспільному житті, встановлення розбіжностей між нормативним і фактичним станом об'єкту контролю, здійснення заходів, спрямованих на приведення об'єкту контролю до нормативного стану);

5) функції з надання адміністративних послуг (видача органами виконавчої влади дозволів (ліцензій) на здійснення певного виду діяльності і (або) конкретних дій; реєстрація актів, документів, прав, об'єктів, а також видання індивідуальних правових актів);

6) функції з управління об'єктами державної власності (здійснення повноважень власника відносно природних ресурсів, що перебувають у загальнодержавній власності, державного майна, в тому числі переданого державним підприємствам і установам, а також управління акціями відкритих акціонерних товариств, що перебувають у державній власності).

На наше переконання, визначення саме таким чином державних функцій є яскравою ілюстрацією штучного звуження змісту поняття «функції» та ототожнення їх з управлінськими діями, компетенцією або повноваженнями.

Для більшості державних політичних діячів як у теорії, так і в практиці виконання владних управлінський функцій є другою за значенням після природної для них політичною функцією. Але, як слушно застерігає В.Б. Авер'янов, «важливо уникнути у формулі «владні управлінські функції» занадто вузького тлумачення терміна «управлінські». Для цього доцільно скористатися визначенням «владно-розпорядчі» функції. Таке термінологічне коригування має на меті, по-перше, охопити у вказаній формулі управлінську і неуправлінську діяльність суб'єкта владних повноважень і, по-друге, виключити з кола державно-управлінських функцій функції внутрішньоапаратного управління, котрі не мають жодного відношення до реалізації виконавчої влади. Залишається додати, що характеристика владно-розпорядчих функцій цілком екстраполюється на діяльність органів місцевого самоврядування (головним чином, виконавчих органів місцевих рад), а також на діяльність інших державних і недержавних суб'єктів, на які виконання подібних функцій покладено законодавством.

Наявність у суб'єкта владних повноважень та управлінських функцій означає, що він наділений компетенцією, яка складається з конкретного обсягу цілей, завдань і повноважень, необхідних для здійснення його функцій у сфері публічно-правових відносин. Особливість повноважень ор-

ганів виконавчої влади полягає в тому, що їх управлінські функції завжди мають владний характер, а повноваження поділяються на владні й невладні. Звісно, повноваження, що містяться в компетенції органу, обов'язково є владними, оскільки компетенція юридично опосередковує реалізацію виконавчої влади. Такі повноваження відбивають адміністративну правосуб'єктність органу. Поряд із цим його правове становище охоплює й інші види правосуб'єктності, зокрема цивільну правосуб'єктність. У цьому випадку орган діє як юридична особа на засадах не односторонньої владності, а юридичної рівноправності учасників цивільного обігу. Від імені органу виконавчої влади як юридичної особи зазвичай виступає його керівник; також діяти від імені юридичної особи може інший уповноважений її учасник. Обидва названі суб'єкти наділені цивільними правами й обов'язками, які в цивільно-правовій літературі прийнято також називати повноваженнями. Вони випливають із цивільної правосуб'єктності органу виконавчої влади і, звісно, не мають владного характеру» [8, с. 5].

Функції органів публічної влади тісно пов'язані з компетенцією, яка є тим елементом організації роботи, що забезпечує максимальну диференціацію цих органів та унікальність їхнього правового статусу. На відміну від функцій, які формулюються досить загально, компетенція органу публічної влади окреслюється за допомогою максимально конкретних формулювань, котрі дають змогу цілком однозначно відповісти на питання: що має право і що повинен робити цей орган за кожним із доручених йому напрямів суспільного управління з метою цілеспрямованого впорядкування громадського життя згідно з його стратегічними цілями і завданнями [9].

Взагалі єдиної позиції щодо визначення поняття «компетенція» в науковій правовій літературі не існує. Так, за визначенням одних учених, цей термін позначає «сукупність юридично встановлених повноважень, прав та обов'язків певного державного органу (органу місцевого самоврядування) або посадової особи, які визначають його місце в системі державних органів [10, с. 293], інші визначають компетенцію тільки як сукупність (перелік) прав та обов'язків [11] чи сукупність повноважень або прав [12, с. 88], існує також думка, що компетенція – це сукупність владних повноважень із вказівкою підвідомчості [13, с. 49]. С.М. Алфьоров зазначає, що «компетенція – це певний обсяг державної діяльності, покладений на конкретний орган, або коло питань, передбачених законодавством, іншими нормативно-правовими актами, які він має право вирішувати в процесі практичної діяльності (коло питань, що вирішуються міністерством, визначається у положенні про відповідне міністерство; відомством – у положенні про відповідне відомство) [14]. Класик російського державознавства Ф.Ф. Кокошкін узагалі пов'язував компетенцію органу чи посадової особи із сукупністю тих юридичних актів, які він може вчиняти від імені держави [15, с. 215–216].

Більш загальне тлумачення було запропоноване Б.М. Лазаревим: компетенція окреслює коло та зміст правового впливу, який може здійснюватись складними адміністративними системами на ті чи інші об'єкти управління [17, с. 115]. Частина науковців стверджують, що поняття «компетенція» і

«повноваження» тотожні [18, с. 121] або ж що «компетенція органів визначається через їх функції» [19].

Інші вчені включають у компетенцію владні повноваження та підвідомчість [20, с. 77]. Більш широко розглядає компетенцію Л.В. Коваль, який зазначає, що саме компетенція визначає предмети відання, права, обов'язки, територіальні межі діяльності кожного окремого органу.

Поглядів на визначення терміна «компетенція» досить багато, але всі вони вказують на те, що «компетенція є певним елементом правового статусу (правового становища) будь-якого державного органу» [11]. Тобто компетенція – це елемент правового статусу, який встановлює сукупність юридично встановлених прав та обов'язків державних службовців та державних політичних діячів, реалізація яких забезпечує виконання їх основних функцій. Наведене нами поняття охоплює декілька самостійних характеристик посади, а тому потребує більш детального, розгорнутого аналізу.

Насамперед, це стосується такого визначення, як «сукупність юридично встановлених прав та обов'язків». Що саме мається на увазі? У чинному законодавстві при закріпленні правового статусу будь-якого державного органу або посадової особи наводиться зазвичай перелік їх прав та обов'язків. Залежно від ситуації цей перелік може бути вичерпним або ж містити відсилочні норми, які передбачають можливість установлення прав та обов'язків іншими нормативно-правовими актами. У будь-якому разі йдеться про певний масив, деяку кількість як прав, так і обов'язків суб'єкта. Але вважати компетенцію простим переліком прав та обов'язків було б неправильно, оскільки саме в їх взаємозв'язку можлива ефективна реалізація як самої компетенції, так і функцій у цілому. При цьому не важливо, чи йде мова про взаємозв'язок певного права та обов'язку або ж прав чи обов'язків між собою.

Література

1. Бачило И.Л. Функции органов управления. – М. : Юридическая литература, 1976. – С. 40.
2. Бачило И.Л. Правовые проблемы организации структур и их функций в системе советского государственного управления : автореф. дис. на соискание учен. степени д-ра юр. наук : спец. 12.00.02 «Государственное право и управление; советское строительство; административное право; финансовое право» / И.Л. Бачило. – М., 1979. – С. 9.
3. Ответственность в управлении / Отв. ред. А.Е. Лунев, Б.М. Лазарев. – М. : Наука, 1985. – С. 100.
4. Менеджмент у державному управлінні : [навчальний посібник] / за заг. ред. д-ра юр. наук В.П. Пєткова. – Запоріжжя : Юридичний ін-т МВС України, 2001. – 303 с.
5. Аверьянов В.Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. – К. : Наукова думка, 1979. – С. 49.
6. Цабрия Д.Д. Проблеми установления правового положения органов управления: автореф. дисс... канд. юрид. наук. – М., 1976. – С. 10.
7. Реєстр адміністративних послуг // http://www.center.gov.ua/ funkcionalne–obstezhennya/reyestr–derzhavnih–ta–administrativnih–poslug.html
8. Авер'янов В.Б. Нові категорії кодексу адміністративного судочинства України: питання наукового тлумачення / В.Б. Авер'янов // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 5.
9. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні: [підручник для студентів вищих навчальних закладів] / за ред. С.Г. Серьогіної. – Х. : Право, 2005. – 256 с.

10. Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М. : Инфра. – М, 1998. – С. 293.
11. Мельник О.В. Конституційно–правова відповідальність вищих органів державної влади : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / Київ. нац. ун–т ім. Т. Шевченка. – К., 2000. – С. 10.
12. Крупчан О. Компетенція центральних органів виконавчої влади / О. Крупчан // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 2. – С. 48.
13. Бачило И.Л. Функции органов управления. – М. : Юридическая литература, 1976. – С. 145.
14. Лепешкин А.И. Курс советского государственного права / А.И. Лепешкин, А.И. Ким, Н.Г. Митин, П.И. Романов. – М. : Госюриздат, 1962. – С. 88.
15. Власов В.А. Советский государственный аппарат. – М. : Госюриздат, 1959. – С. 49.
16. Алфьоров С.М. Адміністративне право. Загальна частина : [навч. посіб.] / С.М. Алфьоров, С.В. Ващенко, М.М. Долгополова [та ін.]. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 216 с.
17. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. – М. : Изд-во бр. Башмаковых, 1912. – С. 215–216.
18. Лазарев Б.М. Компетенция органов управления. – М. : Юридическая литература, 1972. – С. 115.
19. Атаманчук Г.В. Государственное управление: проблемы методологии правового исследования. – М. : Юридическая литература, 1975. – С. 121.
20. Бельский К.С. О функциях исполнительной власти / К.С. Бельский // Государство и право. – 1997. – № 3. – С. 14.
21. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. – М. : НОРМА, 1998. – С. 215.
22. Бахрах Д.Н. Административное право : [учебник для ВУЗов] / Д.Н. Бахрах. – М. : БЕК, 1993. – С. 77.

Анотація

Армаш Н. О. **До питання про функціональне призначення державних політичних діячів.** – Стаття.

Окреслення обсягу та наповнення компетенції державних політичних діячів залежить від основних функціональних характеристик такої посади. У цій статті ми звернемось суто до тих характеристик адміністративно-правового статусу державного політичного діяча, які є визначальними для визначення його функцій.

Ключові слова: державний політичний діяч, функція, компетенція, посада.

Аннотация

Армаш Н. А. **К вопросу о функциональном предназначении государственных политических деятелей.** – Статья.

Определение объема и наполнения компетенции государственных политических деятелей зависит от основных функциональных характеристик такой должности. В этой статье мы обратимся исключительно к тем характеристикам административно-правового статуса государственного политического деятеля, которые являются определяющими для выделения его функций.

Ключевые слова: государственный политический деятель, функция, компетенция, должность.

Summary

Armash N. O. **On the subject of the functional appointment of state political figures.** – Article.

Defining the scope and content of the competence of state politicians, depends on basic functional characteristics such position. In this article, we turn to the characteristics of purely administrative and legal status politician, which are crucial for determining its function.

Key words: state politician, function, competence, position.

УДК 343.125

І. В. Гловюк

ЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ ТА ЗАТРИМАННЯ УПОВНОВАЖЕНОЮ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Нормативно визначені завдання кримінального провадження вказують на необхідність забезпечення розумного балансу приватних інтересів осіб та публічних інтересів у ході кримінального провадження, що вимагає, з одного боку, застосування всіх можливих та допустимих заходів для розкриття кримінального правопорушення, з іншого – дотримання прав осіб, залучених до кримінального провадження, і допущення такого рівня їх обмеження, яке є мінімально необхідним для досягнення цих завдань.

Принцип пропорційності як засіб забезпечення справедливого балансу між вимогами захисту загального інтересу та необхідністю забезпечення фундаментальних прав особи [1], який закладено у формулюванні завдань кримінального провадження, має вирішальне значення в контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження, які містять значний елемент примусу і спрямовані на забезпечення дієвості кримінального провадження. Заходи забезпечення кримінального провадження мають застосуватися з дотриманням такого положення ст. 2 КПК, як те, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу. Це завдання має особливо важливе значення при застосуванні такого заходу, як затримання особи за ст. 207, 208, яке здійснюється без ухвали слідчого судді і необхідність здійснення якого попередньо слідчим суддею перевірена бути не може. Саме тому кримінальне процесуальне законодавство повинне максимально чітко та несуперечливо регламентувати підстави, суб'єктний склад, порядок затримання, його фіксування, адже затримання обмежує одне з фундаментальних прав людини – право на свободу та особисту недоторканність, а ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. гарантує, що нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом. У даному контексті закон має відповідати таким виробленим у практиці Європейського суду з прав людини критеріям, як доступність та передбачуваність.

© Гловюк І. В., 2014

Натомість аналіз положень ст.ст. 207, 208 КПК, що регламентують затримання осіб у кримінальному провадженні, викликає низку питань як теоретичного, так і практичного характеру, а деякі положення характеризуються складнощами в практичному застосуванні. Це, з одного боку, ускладнює забезпечення дієвості кримінального провадження шляхом застосування затримання, з іншого – призводить до порушення прав осіб при здійсненні затримання.

Питання затримання осіб у кримінальному провадженні за КПК 2012 р. досліджувалися такими вченими та практичними працівниками, як О.О. Бондаренко, М. І. Бортун, Д.М. Валігура, К. Волков, В.Г. Гончаренко, А.В. Захарко, О.П. Кучинська, В.М. Ліщенко, Л.М. Лобойко, А.О. Ляш, І.Є. Макаренко, Л.П. Маланюк, В.М. Мудрик, М.Я. Никоненко, В.О. Попелюшко, В.В. Рогальська, Г.І. Сисоєнко, В.І. Сліпченко, Д.С. Смоков, С.М. Смоков, С.О. Сорока, М.М. Стоянов, О.Ю. Татаров, О.І. Тищенко, Л.Д. Удалова, В.В. Фурсевич, О. Цимбалістенко, М.С. Цуцкірідзе, А.М. Шаркова, О.Г. Шило, В. Юсубов, Ю.П. Янович та ін., однак у доктрині залишилися спірними питання щодо осіб, які можуть бути затримані в кримінальному провадженні, суб'єктів, уповноважених здійснювати затримання, коректності визначення підстав затримання та необхідності їх уточнення й розширення, можливості затримання особи до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), визначення моменту затримання особи.

Саме тому метою цієї статті є аналіз положень ст.ст. 207, 208 КПК, проблем їх практичної реалізації, формулювання пропозицій щодо внесення змін та доповнень до КПК щодо затримання як заходу забезпечення кримінального провадження.

Відповідно до ч. 2 ст. 207 КПК кожен має право затримати без ухвали слідчого судді, суду будь-яку особу, крім осіб, зазначених у статті 482 КПК: 1) при вчиненні або замаху на вчинення кримінального правопорушення; 2) безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється у його вчиненні. Тобто для затримання не уповноваженою службовою особою немає обмежень щодо тяжкості кримінальних правопорушень, що видається логічним.

Натомість уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі. У літературі висловлено думку, що поняття «підозрюваний» та «особа, яка підозрюється у вчиненні злочину» слід розрізняти. Так, як зазначає Л.М. Лобойко, особами, які підозрюються у вчиненні злочину (в сенсі ч. 3 ст. 233 КПК України), є як ті особи, яким вручено повідомлення про підозру, так і ті, безпосереднє переслідування яких здійснюється до вручення повідомлення про підозру і навіть до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Реєстру, наприклад, у випадках, коли особу застали на місці вчинення злочину або безпосередньо після його вчинення [2, с. 464]. О.В. Білоус уточнює,

що термін «особа, яка підозрюється у вчиненні злочину» є ширшим, ніж «підозрюваний», та включає як осіб, які є підозрюваними, відповідно до ч. 1 ст. 42 КПК України, так і осіб, безпосереднє переслідування яких здійснюється ще до вручення повідомлення про підозру чи до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР [3, с. 42].

Разом із тим, розуміючи логічність підходу шановних авторів, який відповідає багаторічній практиці затримання, вважаємо, що КПК не дає підстав для такого ототожнення. По-перше, тому, що у ст.ст. 207 та 208 КПК розмежовуються особи, які можуть бути затримані: відповідно, «будь-яка особа» та «особа, підозрювана у вчиненні злочину», а при тотожності цих осіб сенсу вживати різні найменування у тексті закону не було б; по-друге, якщо звернутися до ч. 2 ст. 208 КПК: «Уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, виключно у випадку, якщо підозрюваний не виконав обов'язки, покладені на нього при обранні запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує», то очевидно, що законодавець цих суб'єктів ототожнює.

З іншого боку, підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому ст.ст. 276-279 КПК, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК для вручення повідомлень (ч.1 ст. 42 КПК). Колізійність цих норм очевидна, і це фактично виключає можливість законного здійснення затримання уповноваженою службовою особою, якщо не складено повідомлення про підозру. У цьому контексті «кожен» має більше прав затримати особу, ніж уповноважена службова особа; логічність такого підходу викликає сумніви в контексті припинення та розкриття кримінальних правопорушень.

Відповідно до ст. 208 КПК уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках: 1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; 2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин. Деталізуючи ці підстави, О.Ю. Татаров указує на такі: коли особа безпосередньо вчиняє злочин; якщо особа з прямим умислом вчинила діяння, спрямоване на вчинення злочину, однак не довела його до кінця з причин, що не залежали від її волі; коли безпосередньо після вчинення злочину потерпілий або очевидці прямо вказують на особу, яка вчинила даний злочин; якщо на тілі чи одязі особи містяться будь-які ознаки, які вказують на те, що дане суспільно небезпечне винне діяння було вчинене

саме цією особою; якщо сукупність ознак на місці події підтверджує причетність даної особи до вчиненого нею злочину [4, с. 516].

Питання викликає вжиття сполучення «безпосередньо після вчинення злочину» та «щойно вчинила злочин», оскільки в нормативних актах немає уточнень щодо часу, який повинен пройти з моменту вчинення злочину, щоб кваліфікувати затримання як таке, що здійснено безпосередньо після вчинення злочину.

Наведемо деякі доктринальні позиції з цього питання. Як зазначає В.О. Попелюшко, затримання безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення має місце тоді, коли часова і просторова ознаки находження особи щодо події і місця вчинення кримінального правопорушення дають підстави запідозрити особу в його вчиненні, а тим більше якщо затримання здійснюється потерпілим чи очевидцем події [5, с. 453]. А.П. Бущенко вказує, здійснюючи тлумачення терміна «щойно вчинений злочин», що КПК не визначає кількість хвили або годин, протягом яких злочин може вважатися «щойно» вчиненим і надає повноваження на затримання без судового рішення у виняткових випадках, коли втрата часу, необхідного для отримання судового рішення, призведе до невиправданих, іноді непоправних, наслідків [2, с. 410]. На практиці застосовується правило, що «безпосередньо після вчинення злочину» – це якщо пройшло не більше 6 годин з моменту вчинення злочину [6, с. 13]. У літературі це обґрунтовується наявною практикою Європейського суду з прав людини, яка засвідчує, що максимально допустимий час у розумінні терміна «безпосередньо» не повинен перевищувати 4–6 годин після вчинення злочину [7, с. 238]. Разом із тим у жодному нормативному акті цей строк не вказується.

В.П. Меживой та О.В. Меживой відмічають, що з положень ст. 208 чинного КПК України незрозуміло, чи стосується вираз «безпосередньо після вчинення злочину» (тобто за короткий проміжок часу неподалік від місця події) лише випадків, коли на підозрюваного вказує очевидець, або ж вона стосується й випадків виявлення «сукупності ознак». Якщо так, то в разі виявлення цих ознак не безпосередньо, а впродовж тривалого часу та на значній відстані від місця події підстав для затримання не буде [8]. Вважаємо, що, враховуючи техніку формулювання п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК, «безпосередність» стосується даних, які вказуються очевидцем, у тому числі потерпілим, однак, враховуючи формулювання «або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин», стає очевидним, що «безпосередність» стосується і даних, коли на підозрюваного вказує очевидець, і випадків виявлення «сукупності очевидних ознак», оскільки щодо сукупності очевидних ознак вживається слово «щойно», яке в цьому контексті є синонімічним відрізку часу «безпосередньо після вчинення злочину».

Практичні працівники та вчені роблять обґрунтований висновок, що таке формулювання ч. 1 ст. 208 КПК позбавляє можливості затримати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення та яка була викрита у його вчиненні після проведення низки слідчих (розшукових) дій і нег-

ласних слідчих (розшукових) дій, оскільки буквально вказана особа не була затримана під час вчинення злочину або щойно після його вчинення [9, с. 448; 10, с. 92]. Проблемним за такого формулювання ст. 208 КПК є і затримання особи після її втечі після щойно скоєного злочину (після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину) [11, с. 111].

У зв'язку із цим пропонується внести зміни до п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК України, виключивши з нього таку часову категорію, як «щойно» [9, с. 449; 10, с. 92; 11, с. 111; 12, с. 12–13]. Альтернативною пропозицією є доповнення ч. 1 ст. 208 пунктом 3, яким передбачити можливість затримання особи за вчинення особливо тяжкого злочину незалежно від часу, який минув з моменту вчинення злочину [13, с. 47].

Вважаємо, що більш виваженою є перша пропозиція, враховуючи невизначеність темпоральних категорій «безпосередньо після» та «щойно», а положення п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК у частині того, що сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа вчинила злочин, то це вже презюмує, як правило, невеликий часовий проміжок між вчиненням злочину та затриманням.

Крім того, звертається увага і на таку проблему: якщо орган досудового розслідування володіє безспірними доказами, які вказують на те, що саме дана особа вичинила злочин, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі, але таку особу не застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення і на неї не вказує очевидець або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події, то в цьому випадку її можна лише викликати до органу досудового розслідування з метою повідомлення про підозру. Лише після цього її можна буде затримати з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Вказаний алгоритм дій слідчого є відверто неправильним і таким, що може зашкодити слідству, адже при отриманні виклику особа, яка дійсно вчинила злочин, відразу ж почне знищувати всі сліди своєї злочинної діяльності або взагалі може переховуватись від органу досудового розслідування [14, с. 63]. Саме тому й існують «неформальні практики», зокрема: виклик особи як свідка у кримінальному провадженні, на який вона зобов'язана прибути під загрозою застосування грошового штрафу і примусового приводу; з такою особою проводять допит, внаслідок якого отримують необхідні відомості, а на завершення цієї процесуальної дії особі повідомляється про затримання її як підозрюваної; виклик (запрошення) особи для надання письмових чи усних пояснень щодо матеріалів, які є у провадженні певного органу (див., наприклад, пункт 3 частини 1 статті 11 Закону «Про міліцію»), причому процедура отримання зазначених пояснень в жодному законодавчому акті не регламентована, але наслідком такого опитування (часто – багатогодинного) також може бути кримінальне процесуальне затримання особи [15]. Таким чином шляхом проведення допиту / отримання пояснень щодо особи починається кримінальне переслідування притому, що викликалася/запрошувалася вона для участі в процесуальній дії як свідок / особа, яка не має процесу-

ального статусу. При цьому положення КПК істотно порушуються, адже не забезпечується дотримання часових проміжків «безпосередньо після вчинення злочину» та «щойно вчинила злочин».

Відмітимо при цьому, що натепер, у зв'язку з внесенням доповнень до ст. 42 КПК, особа може набути статусу підозрюваного і без безпосереднього вручення повідомлення про підозру, що спрощує для слідчого, прокурора алгоритм отримання дозволу на затримання з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Враховуючи те, що «кримінально-процесуальне затримання підозрюваного» є самостійною процесуальною дією, що проводиться для запобігання кримінальному правопорушенню та закріплення його слідів і полягає у фактичному (фізичному) захопленні особи в момент вчинення нею дій, що містять ознаки кримінального правопорушення, спрямовані на знищення доказів причетності до нього або на зникнення з місця події, а також негайному повідомленні цій особі про підозру та доставлянні її до органу досудового розслідування для остаточного оформлення протоколу затримання та особистого обшуку підозрюваного, І.Є. Макаренко пропонує ст. 207 КПК України (законне затримання) (в частині підстав затримання) викласти в такій редакції: «Ніхто не може бути затриманий без ухвали слідчого судді, суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Затримання може бути здійснено як до відкриття кримінального провадження, так і після цього. В останньому випадку затримання є правомірним лише за ухвалою слідчого судді (суду). Співробітник міліції чи іншого правоохоронного органу, а також будь-яка дієздатна особа вправі затримати і доставити до компетентного органу особу, яка підозрюється ним у вчиненні кримінального правопорушення, в разі: 1) безпосереднього вчинення або замаху на вчинення нею кримінального правопорушення; 2) після вчинення кримінального правопорушення або під час безперервного переслідування особи, підозрюваної у його вчиненні, яка здійснила втечу» [16, с. 227–228]. Разом із тим під «законним затриманням» автор пропонує об'єднати і затримання уповноваженою службовою особою, що викликає питання щодо доцільності існування ст. 208 КПК та окремої, спільної назви для цих видів затримання як «законне затримання», оскільки ця назва у ст. 207 КПК і натепер є некоректною, оскільки виникає уявлення, що затримання уповноваженою службовою особою є незаконним, а за запропонованого об'єднання доцільніше було б поіменувати такі затримання «затримання без ухвали слідчого судді, суду».

Проектом про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо слідчих, що здійснюють досудове розслідування (№ 4444 від 14.03.2014) пропонується вдосконалити регламентацію затримання уповноваженою службовою особою, а саме: у пункті 1 частини першої слово «злочину» замінити словами «кримінального правопорушення»; пункт 2 частини 1 викласти в такій редакції: «2) якщо після вчинення кримінального правопорушення очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність

очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа вчинила кримінальне правопорушення»; у першому реченні частини п'ятої слово «злочину» замінити словами «кримінального правопорушення, уповноваженою службовою особою, яка здійснила таке затримання» [17]. Тобто, як видно, вказівки на «безпосередньо після вчинення» та «щойно вчинила» пропонується виключити, із чим слід повністю погодитися. Однак невирішеним залишається питання про статус особи, яку можна затримати у порядку ст. 208 КПК, адже КПК вказує на затримання підозрюваного, що виключає законність затримання і за п.п.1, 2 діючої редакції ст. 208 КПК, і за п.1 ч. 1 запропонованої редакції ст. 208 КПК.

Крім того, при уточненні підстав затримання слід врахувати ще одну практичну проблему. У КПК України ніде не передбачено, що підозрюваного, який грубо порушує запобіжний захід у вигляді домашнього арешту, можна затримувати в момент такого порушення, хоча на практиці часто виникають ситуації, коли підозрюваний, який перебуває на цілодобовому домашньому арешті без електронних засобів контролю, весь час покидає місце, де він відповідно до ухвали слідчого судді зобов'язаний перебувати [14, с. 63].

Відповідно, ці проблеми можуть бути вирішені шляхом викладення ч. 1 ст. 208 КПК в іншій редакції, яку нами буде викладено нижче.

У літературі пропонується також доповнити ч. 1 ст. 208 пунктом про затримання особи в разі, якщо її оголошено у міжнародний розшук [11, с. 111; 12, с. 12–13]. Однак ч. 1 ст. 582 КПК містить норму, що затримання на території України особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку з вчиненням кримінального правопорушення, здійснюється уповноваженою службовою особою. Проте ця норма не уточнює, який саме розшук мається на увазі (міжнародний чи міждержавний). Роз'яснення в коментарі до КПК, що затриманню передує оголошення особи у міждержавний або міжнародний розшук [5, с. 1132], проблеми невизначеності цієї норми не знімає.

Міжнародний і міждержавний розшук передбачені Інструкцією з організації розшуку обвинувачених, підсудних, осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання, безвісно зниклих осіб та встановлення особи невпізнаних трупів, затвердженою Наказом МВС України від 05.01.2005, яка визначає, що міждержавний розшук здійснюється міністерствами внутрішніх справ країн-учасниць СНД на території зазначених держав. Інструкція визначає міждержавний розшук як «комплекс розшукових та оперативно-розшукових заходів, які здійснюються на території країн-учасниць СНД за ініціативою правоохоронних органів однієї із зазначених країн з метою отримання інформації про ймовірне місцезнаходження безвісно зниклих людей, виявлення, арешту та видачі (екстрадиції) осіб, які переховуються від слідства, суду, виконання вироку, установлення особи невпізнаного трупа». Міждержавний розшук слід відрізняти від міжнародного, оскільки в першому випадку йдеться про розшук особи на території однієї іноземної держави і розпочати його можна лише після того, як

стало достовірно відомо, що розшукувана особа перебуває поза межами держави, в якій вона скоїла злочин, і перебуває в країні, до якої спрямовано прохання про організацію розшуку. Згідно з Інструкцією з організації розшуку обвинувачених, підсудних, осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання, безвісно зниклих осіб та встановлення особи невпізнаних трупів МВС України від 5 січня 2005 року, міжнародний розшук визначається як комплекс розшукових, інформаційно-довідкових та інших заходів, що здійснюються НЦБ Інтерполу на території держав-учасниць МОКП-Інтерпол відповідно до норм міжнародного права, а також відповідно до чинного законодавства України з метою отримання інформації про місцезнаходження безвісно зниклих людей, особи невпізнаних трупів, виявлення, арешту і видачі (екстрадиції) осіб, які переховуються від слідства, суду та виконання вироку [цит. за: 18, с. 50, 51].

Таким чином, враховуючи, що в нормативно-правових актах України розмежовуються міжнародний та міждержавний розшук, вважаємо, це повинно бути чітко відображено й у КПК. Тому, вважаємо, що доповнення (хоча і дещо в іншому формулюванні) слід вносити не до ст. 208 КПК, а до ст. 582 КПК. При цьому надто загальне формулювання «розшукується іноземною державою у зв'язку з вчиненням кримінального правопорушення» потрібно замінити на «оголошена у міжнародний та/або міждержавний розшук».

Крім того, виникає питання про законність затримання особи в порядку ст.ст. 207, 208 КПК до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Як зазначає Л.М. Лобойко, системне тлумачення ст. 207, 208, 214, 223, 236 КПК дає підстави для висновку про допустимість провадження до внесення відомостей до ЄРДР також інших процесуальних дій [19, с. 186]. А.В. Захарко вказує, що складання уповноваженою службовою особою, слідчим або прокурором протоколу затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, на підставі ст. 208 КПК України до внесення відомостей про вчинений злочин до ЄРДР на підставі ст. 214 КПК України є цілком логічним і таким, що відповідає системному тлумаченню кримінального процесуального законодавства України [20, с. 216]. На те, що затримання підозрюваного та його доставляння до органу досудового розслідування в ситуаціях нагальної необхідності запобігти злочину чи його перепинити має бути правомірним і до моменту внесення відомостей до ЄРДР про відкриття кримінального провадження, вказує і І.Є. Макаренко [16, с. 226].

На жаль, однозначно стверджувати про допустимість таких затримань складно. Ст. 214 КПК не передбачає виключень для затримання щодо можливості його здійснення до початку досудового розслідування, а оскільки для державних органів, їх посадових та службових осіб передбачено спеціально-дозвільний тип правового регулювання (у силу положень ч. 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України), то формально

затримання до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР є незаконним. Правильно зазначає С.М. Смоков, що не врегульований залишився у новому КПК України порядок фізичного затримання та обшуку особи згідно з ч. 1 ст. 208 КПК України до внесення даних у ЄРДР, наприклад у випадку, коли особа, побачивши працівників міліції, почала втікати [21, с. 113]. Хоча на практиці, дійсно, затримуючи підозрюваного, особа, яка здійснює затримання, у більшості випадків не має даних про внесення відомостей до ЄРДР, і чекати такого внесення нема жодних підстав. В іншому випадку за час, необхідний для внесення відомостей до ЄРДР, підозрюваний міг би зникнути з місця вчинення кримінального правопорушення, приховати його сліди, переховатись тощо, і ані уповноважена службова особа, ані будь-яка інша особа не мали би права його затримувати [22, с. 53]. На те, що фізичне затримання відбувається здебільшого не в рамках кримінального провадження, оскільки відповідні відомості, як правило, на момент такого затримання ще не внесені до ЄРДР і досудове розслідування не розпочато, звертає увагу і Г.І. Сисоєнко [23, с. 276].

Враховуючи невідкладний характер затримання та можливість його розгляду не тільки як заходу забезпечення кримінального провадження, а й як невідкладної слідчої дії [24], така регламентація критики не витримує. Необхідність такого невідкладного затримання в практичній діяльності сумнівів не викликає, однак формулювання ст.ст. 207, 208, 214 КПК є суперечливими, що ставить під сумнів правомірність затримання, допустимість фактичних даних, отриманих при проведення обшуку особи та вилученні у неї предметів та документів, а також фактичних даних, які викладені в протоколі затримання.

Тому для узгодження дій із затримання з вимогами ст. 214 КПК практичні працівники в протоколі затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, майже завжди вказують час затримання і час складання вищезазначеного протоколу вже після внесення відомостей до ЄРДР, навіть у тому разі, якщо ці дії відбулися раніше [25, с. 351]. Це пояснюється тим, що затримання особи за КПК України можна поділити на фактичне (в деяких джерелах воно іменується фізичним [23, с. 103]) та процесуальне [26, с. 103]. Фактичне затримання починається з моменту, коли особа силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд з уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою (ст. 209 КПК України), а процесуальне – з моменту складання протоколу про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину. У практичній діяльності моменти фактичного та процесуального затримання не завжди співпадають, оскільки фактичне затримання найчастіше відбувається до внесення відомостей до ЄРДР, а процесуальне може здійснюватися як до, так і після внесення відомостей до ЄРДР [25, с. 351]. Із таким вирішенням питання погодитися складно, однак воно є вимушеним з огляду на недосконалість положень КПК та можливість у подальшому визнання недопустимості фактичних даних, отриманих при проведенні обшуку особи та вилученні у неї предметів та документів, та фактичних

даних, викладених у протоколі затримання, що вимагає реагування законодавця на зазначену проблему.

Тому логічними та виваженими є пропозиції передбачити у ч. 3 ст. 214 КПК можливість проводити до внесення відомостей до ЄРДР, окрім огляду місця події, також і затримання особи [25, с. 352; 27, с. 92] та визначити строк внесення в такій ситуації відомостей про вчинений злочин до ЄРДР [20, с. 216]. Зазначимо при цьому, що необхідність отримання згоди прокурора, що також пропонується в літературі [28, с. 147], перешкоджатиме затриманню особи, оскільки його підстави свідчать про невідкладність застосування затримання, а отримати вчасно попередню згоду прокурора у випадках, передбачених діючою редакцією ст. 208 КПК, неможливо. Подальша ж згода прокурора ніяк не вплине на законність та обґрунтованість затримання. Таке вирішення проблеми позитивно вплине на викорінення практики «прихованого» кримінально-процесуального затримання шляхом застосування затримання адміністративного.

Погоджуємось із пропозицією А.В. Захарка про необхідність визначити строк внесення в такій ситуації відомостей про вчинений злочин до ЄРДР [20, с. 216], оскільки до цього особа перебуває у сумнівному становищі: з одного боку, щодо неї фактично почато кримінальне переслідування (оскільки її затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення) і вона є підозрюваним, однак у кримінальному провадженні, яке формально ще не почалося. Вчений пропонує строк 8 годин з моменту доставляння затриманого до органу досудового розслідування (при тому, що здебільшого в сусідніх державах цей строк може становити від 3 до 24 годин з моменту затримання особи, яка підозрюється у вчиненні злочину) [20, с. 216]. Проте, на нашу думку, слід встановити більш категоричну вимогу щодо строку внесення цих відомостей, що вимагатиме невідкладного їх внесення після проведення цих дій та оцінки їх результатів і доставляння до органу досудового розслідування.

Для вдосконалення підстав затримання та вирішення питання про співвідношення затримання та внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР пропонуємо:

1. Частину 3 статті 214 КПК доповнити абзацом такого змісту:

«До внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань може бути здійснено затримання особи у порядку, передбаченому статтями 207 та 208 цього Кодексу, обшук затриманого, тимчасове вилучення майна у затриманого, тимчасове вилучення у затриманого документів, які посвідчують користування спеціальним правом. Внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань негайно після завершення цих дій та доставляння затриманого до органу досудового розслідування.»

2. Частину 1 статті 208 КПК викласти в такій редакції:

«Уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу лише у випадках:

1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на вчинення злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі;

2) якщо після вчинення злочину, за який передбачене покарання у вигляді позбавлення волі, очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа вчинила злочин;

3) при порушенні визначеної ухвалою слідчого судді, суду заборони залишати житло цілодобово або у певний період доби;

4) при отриманні достатніх даних про зняття, пошкодження або інше втручання в роботу електронного засобу контролю з метою ухилення від контролю, а рівно про намагання вчинити зазначені дії».

3. Частину 1 статті 582 КПК викласти в такій редакції: «1. Затримання на території України особи, яка оголошена у міжнародний та/або міждержавний розшук, здійснюється уповноваженою службовою особою».

Література

1. Козюбра М.І. Верховенство права і Україна / М.І. Козюбра [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cau.in.ua/ua/activities/analytics/id/kozjubra-m.i.-verhovenstvo-prava-i-ukrajina-632/
2. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. – Х. : Фактор, 2013. – 1072 с.
3. Білоус О.В. Невідкладні випадки проникнення до житла чи іншого володіння особи у кримінальному провадженні / О.В. Білоус // Судова апеляція. – 2014. – № 3 (36). – С. 40–46.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 768 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
6. Удалова Л.Д. Проблемні питання визначення підстав затримання / Л.Д. Удалова // Проблемні питання застосування КПК України в сучасних умовах : матеріали круглого столу (Київ, 4 квітня 2014 р.). – К. : ФОП Ліпкан О.С., 2014. – С. 12–14.
7. Сліпченко В.І. Процесуальний порядок та підстав затримання особи за ст. 208 КПК України / В.І. Сліпченко // Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції «Актуальні питання досудового розслідування слідчими органів внутрішніх справ: проблеми теорії та практики» : тези доповідей всеукраїнської науково-практичної конференції (Дніпропетровськ, 18–19 квітня 2013 р.). – К. : «Хай-Тек Прес», 2013. – С. 236–239.
8. Меживой В.П. Актуальні питання затримання осіб за новим КПК України / В.П. Меживой, О.В. Меживой [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.corp-lguvd.lg.ua/d130106.html
9. Татаров О.Ю. Практичні та організаційні проблеми діяльності органів досудового розслідування за новим КПК України / О.Ю. Татаров // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2012. – Вип. 4. – С. 445–457.
10. Цуцкірідзе М. Практичні проблеми застосування норм чинного КПК України / М. Цуцкірідзе // Право України. – 2013. – № 11. – С. 88–94.
11. Волков К. Забезпечення права на свободу та особисту недоторканність при затриманні особи / К. Волков // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 3(36). – С. 108–112.
12. Валігура Д. М. Оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органу досудового розслідування та прокурора : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Валігура Дмитро Миколайович ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2013. – 18 с.

13. Смоков С.М. Деякі проблемні питання, які виникають при застосуванні заходів кримінального провадження за новим КПК України / С.М. Смоков, Д.С. Смоков // Шляхи удосконалення кримінального процесульного законодавства : матер. регіонального круглого столу, 19 квітня 2013 р. / відп. за вип. д.ю.н., проф. Ю.П. Аленін. – Одеса: Юр. літ-ра, 2013. – С. 45–48.
14. Маланюк Л.П. Проблемні питання застосування норм КПК України в практичні діяльності при затриманні особи, підозрюваної у вчиненні злочину, під час досудового розслідування / Л.П. Маланюк // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару, 17 жовт. 2014 р. / редкол. : С. Є. Кучерина (голов. ред.), В. В. Фєдосєєв (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2014. – Вип. 6. – С. 62–64.
15. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Л. М. Лобойко, З. М. Саідова. – К. : «Арт-Дизайн», 2014. – 48 с.
16. Макаренко І.Є. Затримання підозрюваного у вчиненні злочину: вимоги чинного КПК та євростандарти / І.Є. Макаренко // Право і суспільство. – 2014. – № 5. – С. 222–230.
17. Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо слідчих, що здійснюють досудове розслідування (№ 4444 від 14.03.2014) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=50239&pf35401=294150
18. Душейко Г.О. Міжнародний розшук: Теорія та практика : [монографія] / Душейко Г.О., Некрасов В.А., Мацюк В.Я., Компанієць Д.О. – К.: КНТ, 2006. – 168 с.
19. Лобойко Л.М. Кримінальний процес : [підручник] / Лобойко Л.М. – К. : Істина, 2014. – 432 с.
20. Захарко А.В. Черговість затримання особи із внесенням відомостей про вчинений злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань / А.В. Захарко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2014. – № 3. – С. 211–218.
21. Смоков С.М. Окремі проблемні питання, які виникають при застосуванні норм нового КПК України / С.М. Смоков // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2(6). – С. 110–115.
22. Цимбалістенко О. Проблеми прокурорського нагляду за законністю затримання особи на початковому етапі досудового розслідування / О. Цимбалістенко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 1(34). – С. 52–57.
23. Сисоєнко Г.І. Окремі питання затримання особи без ухвали слідчого судді, суду / Г.І. Сисоєнко // Матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», (Острог, 14-15 листопада 2014 р.). – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2014. – С. 276–278.
24. Аленин Ю.П. О двоякой правовой природе задержания лица в уголовном процессе / Ю.П. Аленин // Актуальні проблеми держави та права : збірник наукових праць. Вип. 27. / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – Одеса : Юридична література, 2006. – С. 7–13.
25. Рогальська В.В. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань / В.В. Рогальська // Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р.: кримінально-правові та процесуальні аспекти : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародної науково-практичної конференції, 19–20 вересня 2013 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 349–352.
26. Бортун М. Особливості затримання особи без ухвали слідчого судді / М. Бортун // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 5(38). – С. 102–106.
27. Стоянов М.М. Деякі питання допустимості речей та документів, вилучених при законному затриманні та затриманні уповноваженою службовою особою / М.М. Стоянов // Шляхи удосконалення кримінального процесуального законодавства : матер. регіонального круглого столу, 19 квітня 2013 р. / відп. за випуск д. ю. н., проф.. Ю.П. Аленін ; Нац. Ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Юридична література, 2013. – С. 91–92.
28. Юсубов В. Проблеми забезпечення прокурором прав громадян під час затримання за новим кримінальним процесуальним законодавством України / В. Юсубов // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 6. – С.144–147.

Анотація

Гловюк І. В. **Законне затримання та затримання уповноваженою службовою особою: питання теорії та практики.** – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблеми затримання без ухвали слідчого судді у кримінальному провадженні. Здійснено аналіз положень ст.ст. 207, 208 КПК, проблем їх практичної реалізації. Розглянуто практичні проблеми, що виникають у зв'язку зі здійсненням затримання до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, відзначено формальну неправомірність таких затримань за діючого формулювання ст. 214 КПК. Сформульовано пропозиції щодо внесення змін та доповнень до КПК щодо затримання як заходу забезпечення кримінального провадження, зокрема: розширення підстав затримання; виключення вказівки на «безпосередньо після вчинення злочину» та «щойно вчинила злочин»; уточнення категорії розшуку, що здійснюється іноземною державою, для затримання особи; можливості здійснення затримання до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Ключові слова: законне затримання, затримання уповноваженою службовою особою, фізичне затримання, Єдиний реєстр досудових розслідувань, міжнародний розшук.

Аннотация

Гловюк И. В. **Законное задержание и задержание уполномоченным служебным лицом: вопросы теории и практики.** – Статья.

Статья посвящена исследованию проблемы задержания без определения следственного судьи в уголовном производстве. Осуществлен анализ положений ст.ст. 207, 208 УПК, проблем их практической реализации. Рассмотрены практические проблемы, возникающие в связи с осуществлением задержания до внесения сведений в Единый реестр досудебных расследований, отмечена формальная неправомерность таких задержаний при действующей формулировке ст. 214 УПК. Сформулированы предложения по внесению изменений и дополнений в УПК относительно задержания как меры обеспечения уголовного производства, в частности: расширение оснований задержания; исключение указания на «непосредственно после совершения преступления» и «только совершившее преступление»; уточнение категории розыска, осуществляемого иностранным государством, для задержания лица; возможности осуществления задержания до внесения сведений в Единый реестр досудебных расследований.

Ключевые слова: законное задержание, задержание уполномоченным служебным лицом, физическое задержание, Единый реестр досудебных расследований, международный розыск.

Summary

Hlovyuk I. V. **Lawful arrest and detention authorized officer: theory and practice.** – Article.

The article is devoted to the research of the problems of the apprehension without investigating judge's ruling. Analysis of the provisions of the articles 207, 208 of the CPC of Ukraine and their practical implementation are performed. Practical problems, which are appeared in connection with the apprehension before entering the information in the Integrated Register of Pre-Trial Investigations, are reviewed; the formal illegality of such apprehensions according the current formulation the article 214 of the CPC is marked. Proposals for amendments and additions to the CPC regarding apprehension as measure to ensure criminal proceeding are formulated: expansion of the grounds of apprehension; delete instructions of «immediately after the commission of crime» and «has just committed the crime»; clarification of category of search, which is carried by foreign country for apprehension; possibility to apprehend before entering the information in the Integrated Register of Pre-Trial Investigations.

Key words: lawful apprehension, lawful apprehension by a competent official, physical apprehension, Integrated Register of Pre-Trial Investigations, international search.

УДК 346.3:347.72.031: (338.49:911.373/375)

О. О. Квасніцька

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО ПАЙОВУ УЧАСТЬ У РОЗВИТОК ІНФРАСТРУКТУРИ НАСЕЛЕНОГО ПУНКТУ

З прийняттям Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» (далі – Закон) новий підхід отримала специфічна договірна форма господарських зобов'язань – договір про пайову участь забудовників у розвитку інфраструктури населеного пункту. Специфічність зазначеної договірної форми обумовлена тим, що й досі залишається незрозумілою правова природа договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, не дотримуються конституційного виконання положення ст. 40 Закону. Норма Закону передбачає імперативну вимогу щодо укладення такого договору та сплату забудовником до відповідного місцевого бюджету коштів для створення і розвитку інфраструктури за право реалізувати свій проект будівництва (реконструкції), перепланування, перепрофілювання, зміни функціонального призначення будь-яких об'єктів на території відповідного населеного пункту. Водночас за право реалізувати проект кожний забудовник достатньо несе затрат, пов'язаних з викупом земельної ділянки або орендних платежів, благоустроєм території, на якій зводиться об'єкт будівництва, веденням та підключенням інженерних мереж, в окремих випадках виселенням громадян та подальшим наданням їм житлової площі і т. д. При цьому забудовник зобов'язаний ще здійснювати плату за право забудови. Зауважимо, що до прийняття Закону таку назву мав договір, який на сьогодні отримав назву договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту. Виникає запитання: чи не забагато зобов'язань для забудовника, враховуючи економічну кризу в країні, практичну відсутність виробництва, необхідність активізації шляхового будівництва, будівництва заводів та фабрик?

Поряд із цим законодавець, встановивши необхідність сплати пайового внеску на розвиток інфраструктури, не врахував, що такий підхід стане причиною невиправданого завищення вартості квадратного метра житла, що діє не на користь споживача – пересічного громадянина. А тому кон-

© Квасніцька О. О., 2014

ституційне положення, визначене у ст. 42 Конституції України, про те, що держава захищає права споживачів, ігнорується, оскільки охорона полягає й у зваженому нормативному регулюванні. Крім цього, якщо звернутися до досвіду Європейських країн, то ми не знайдемо прикладів таких договірних конструкцій, якими б передбачалася необхідність сплати коштів за право на реалізацію проекту будівництва.

Отже, теоретичного осмислення вимагають положення статті 40 Закону, якою регламентуються істотні умови договору про пайову участь, порядок укладення та порядок розрахунку пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту, що є актуальною проблемою правової науки, з метою з'ясування його ролі для розвитку будівельної галузі та значення для утвердження суспільного господарського порядку. У рамках господарсько-правової доктрини Г. Л. Знаменський вказав на ключовий метод господарського права, який здатний інтегрувати всі інші методи, – рівне підпорядкування всіх суб'єктів господарювання суспільному господарському порядку [1, с. 26–27]. Підкреслимо, що для змішаної економіки підпорядкування ***всіх учасників господарських правовідносин*** суспільному господарському порядку є запорукою ефективного розвитку будівельної діяльності, гармонічного поєднання приватних і публічних інтересів, входження в міжнародну економічну систему та визнання господарського порядку частиною міжнародного економічного порядку.

Актуальність правової природи договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту зумовлена потребою у визначенні його місця в системі договорів; у дослідженні його предмета та межі впливу при укладенні таких договорів принципу свободи договору; у з'ясуванні виду зобов'язання, підставою виникнення якого є договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту. Тим більше, інтерес викликає юридичний аспект договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту як зовнішнього управлінського впливу на будівельний процес.

Метою статті є пошук підходу для з'ясування господарсько-правової природи договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, встановлення його доцільності у складному й обтяжливому механізмі будівництва об'єктів та в забезпеченості активного інвестиційного клімату в Україні.

Варто вказати, що теоретичним проблемам правової природи договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту в науковій літературі не було приділено уваги, хоча правозастосовна практика містить певні напрацювання в цьому напрямі. Досліджуючи адміністративно-правове регулювання будівельної діяльності в Україні досить фрагментарно, І. М. Миронець [2, с. 12, 18] проводить стислий аналіз питань пайової участі замовника у розвитку інфраструктури населеного пункту, акцентуючи увагу на публічній складовій договору пайової участі. Окремі дослідження зустрічаються в роботах науковців Російської Федерації стосовно договору про розвиток забудованої території як форми демократиза-

ції адміністративних правовідносин (Ю.В. Поднавознова, Г. В. Лукьяненко [3, С. 77–81; 4, С. 108–113]). Отже, аналіз сучасних наукових досліджень не враховує господарсько-правову природу договорів про пайову участь забудовників у розвитку інфраструктури, що вимагає проведення відповідних розвідок у даному напрямі.

Судова практика йде шляхом визнання договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту різновидом господарських договорів, тому розробки щодо правової природи таких договорів є важливим науково-теоретичним та практичним завданням для галузі господарського права. Господарсько-правовий характер договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту обумовлений не лише суб'єктним складом, а супроводженням будівельного процесу, що є елементом будівельної діяльності, та врахуванням волі забудовників у межах застосування даного інструментарію, їх автономності під час управлінського впливу на будівельний процес. Звичайно, у разі, коли забудовником виступатиме фізична особа, договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту набуває характеристик виключно публічно-правового договору, як інструмент адміністративно-правового впливу.

Між тим, проблематика правової природи договору не окреслюється галузевою спрямованістю або замкненістю вивчення договору в рамках приватного права. Вона пов'язана з невизначеністю предмета договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, а вірніше відсутністю його, та породженням одностороннього зобов'язання лише у забудовника. Договір на пайову участь не породжує взаємних зобов'язань сторін, у зв'язку з чим він не належить до синалагматичних договорів, де сторони виступають одночасно як управнені, так і зобов'язані. Так, даний договір породжує зобов'язання забудовника взяти участь у створенні і розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту шляхом перерахування коштів до відповідного місцевого бюджету ще до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію. При цьому договір не містить зобов'язання іншої сторони – органа місцевого самоврядування. У даної сторони виникають лише права щодо встановлення розміру пайової участі в грошовій формі та контролю їх сплати. Отже, предметом таких договорів є надання грошових коштів. Однак, ст. 40 Закону не відносить до істотних умов предмет договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, що суперечить ст. 180 ГК України. При цьому частиною 9 статті 40 Закону до істотних умов договору віднесено лише розмір пайової участі (ціна договору), строк (графік) сплати пайової участі та відповідальність сторін. Розмір пайового внеску визначається виключно органом місцевого самоврядування – як наслідок, ціна договору, як істотна умова, не узгоджується сторонами, а імперативно нав'язується забудовнику, яку він сплачує єдиним платежем або частинами за встановленим графіком у договорі.

Так, у м. Одесі рішенням виконавчого комітету Одеської міської ради від 28.03.2013 затверджена Методика визначення пайової участі замов-

ників у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури м. Одеси, відповідно до якої протоколом засідання постійно діючої комісії з вибору земельних ділянок для розміщення об'єктів у м. Одесі встановлюється розмір пайової участі кожного забудовника, який залежить від загальної кошторисної вартості будівництва об'єкта. При цьому граничний розмір пайової участі забудовника не може перевищувати 10 відсотків загальної кошторисної вартості при будівництві комерційних об'єктів та 4 відсотків – при будівництві некомерційних (житлових) об'єктів.

Строк укладення договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту та строк сплати пайової участі, як істотна умова договору, пов'язаний з подією, а саме з прийняттям об'єкта будівництва в експлуатацію, та не залежить від волі сторін. Тобто забудовник зобов'язаний укласти договір та сплатити кошти пайової участі до моменту прийняття об'єкта в експлуатацію, адже такі умови передбачені законодавством.

Публічна складова договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту проявляється в тому, що передумовою укладення таких договорів є рішення виконавчого комітету відповідних рад, яким і затверджується договір. Зауважимо, що порядок, прийнятий і оприлюднений органом місцевого самоврядування, рішень щодо пайової участі, дозволяє дійти висновку, що рішення виконавчого комітету міської ради, яким затверджується договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, є нормативно-правовим актом індивідуальної дії, обов'язковим до виконання на відповідній території.

Таким чином, аналізований договір належить до договорів вертикального типу, тобто укладається між забудовником та суб'єктом організаційно-владних повноважень. Укладення договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту є обов'язком, а не правом забудовника, що не дозволяє вести мову про кваліфікацію зобов'язань, регламентованих статтею 177 ГК України, як соціально-комунального зобов'язання. Адже виключається добровільність взяття на себе зобов'язання майнового характеру на користь інших учасників господарських відносин (благодійництво тощо). Тим більше, такі зобов'язання не є підставою для вимог щодо їх обов'язкового виконання.

Договірна форма пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту регламентується та обмежується законом, породжує грошове зобов'язання забудовника, оскільки передбачає плату за право реалізувати свій проект будівництва, а саме надання певної грошової суми. Враховуючи таку договірну конструкцію, інша сторона – орган місцевого самоврядування – дозволяє реалізувати такий проект, що вказує на можливість віднесення таких договорів до договорів обміну, який характерний адміністративному праву. Під договорами обміну розуміють договір, відповідно до якого приватна особа бере на себе зобов'язання надати певну послугу в обмін на іншу послугу з боку суб'єкта владних повноважень. Між тим предмет договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту містить послугу лише приватної особи, яка не пов'язана з

виконанням публічного завдання та не перебуває у предметному зв'язку з послугою суб'єкта владних повноважень, оскільки остання не надається. Отже, договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, незважаючи на публічну складову, що полягає в стороні договору, забезпеченості інтересів територіальної громади та імперативному методі правового регулювання, характеризується й приватною складовою, яка полягає у дії принципу свободи договору (хоч досить у звуженому форматі), максимальному врахуванні інтересів взаємодіючих сторін договору та опосередкуванні будівельного процесу, що супроводжує будівельну діяльність, майновій відповідальності. Адже питання про пайову участь у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту вирішується у разі будівництва будь-яких об'єктів на території населеного пункту, інвестування будівництва нежитлових приміщень; перепланування, реконструкції, капітального ремонту приміщень (житлових/нежитлових) зі зміною та без зміни функціонального призначення; зміни функціонального призначення (перепрофілюванні, переобладнанні тощо) об'єктів виробничого та невиробничого призначення; зміни функціонального призначення житлових будинків (приміщень) на нежитлові відповідно до встановленого порядку.

Для повного вивчення правової природи договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, з'ясуванню підлягає поняття «інженерно-транспортна та соціальна інфраструктура населеного пункту», адже забудовник, як сторона договору, має право знати, в які об'єкти інфраструктури будуть спрямовані грошові кошти, сплачені як пайовий внесок. У ст. 1 Закону зазначено, що інженерно-транспортна інфраструктура – це комплекс інженерних, транспортних споруд і комунікацій, при цьому, на жаль, бракує чіткого визначення цих понять, що створює прецеденти неоднакового тлумачення правової категорії «інженерно-транспортна інфраструктура». Проектом Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» (щодо зарахування витрат на будівництво інженерно-транспортної інфраструктури в якості пайового внеску) пропонується розширити поняття «інженерно-транспортна інфраструктура», визначене в п. 5 ч. 1. статті 1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», доповнивши його об'єкти інженерної інфраструктури, зокрема водопостачання і водовідведення та об'єктів їх обслуговування, теплопостачання та об'єктів їх обслуговування, електричних мереж та об'єктів їх обслуговування, мереж газопостачання та об'єктів їх обслуговування, радіофікації, мереж зовнішнього освітлення та об'єктів їх обслуговування, відведення зливових вод та об'єктів їх обслуговування, телефонізації, телекомунікації, диспетчеризації, світлофорні об'єкти, дороги, тротуари та об'єкти дорожнього господарства [5]. Такий підхід є виправданим з позиції того, що договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту повинен містити положення стосовно конкретизації об'єкта інфраструктури, на розвиток якого забудовником вносяться грошові кошти. Адже склалася така ситуація, що договори

про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту не містять такої конкретизації взагалі, така інформація відсутня і в рішенні, яким затверджується даний договір, що дозволяє органам місцевого самоврядування зловживати своїми правами та не за цільовим призначенням використовувати кошти. Тим більше, текстуальне опрацювання частини 10 статті 40 Закону («кошти, отримані як пайова участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, можуть використовуватися виключно для створення і розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури відповідного населеного пункту») дозволяє тлумачити її як правову норму, встановлену прямо. Правові норми слід вважати встановленими прямо, якщо в акті законодавства вказується, що особа «має право», «може», «вільна» (у виборі певних варіантів поведінки) [6, с. 87]. Між тим конструкція частини 10 ст. 40 Закону містить слово «може», яке не надає правової визначеності положенням цієї частини та не обтяжує текст законодавчого положення безапеляційним застереженням. Отже, тлумачення положень «можуть використовуватися виключно для створення і розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури відповідного населеного пункту» дозволяє зробити висновок від протилежного. У такому разі, окрім закріплення в предметі договору конкретизації об'єкта інфраструктури, на розвиток якого забудовником вносяться грошові кошти, слід замінити слово «може» на слово «повинен», що не дозволить двоякого тлумачення даного положення, зловживань з боку органів місцевого самоврядування, які на сьогодні є, скоріше, нормою, ніж виключенням. Варто у предметі договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, вказуючи на зобов'язання забудовника про перерахування грошових коштів до відповідного місцевого бюджету, зазначити об'єкт інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту, на розвиток або будівництво якого повинні бути спрямовані грошові кошти забудовника. Це дозволить контролювати цільове використання коштів, які надаються на розвиток об'єктів інфраструктури населеного пункту.

Таким чином, слід зазначити, що в господарській практиці зобов'язання забудовника з надання грошових коштів на розвиток інфраструктури населеного пункту належать до простих зобов'язань грошового характеру. Застосування таких договорів, що опосередковують будівельну діяльність, а саме будівельний процес, яким закріплюється правовий зв'язок, коли у забудовника (замовника) є обов'язки, а в органів місцевого самоврядування тільки права, спростовують висновки Н. Ю. Голубєвої, що прості зобов'язання практично не зустрічаються на практиці [7, с. 611], скоріше всього, як вказував Є. О. Харитонов, на практиці виявляються рідко [8, с. 394]. Між тим у сфері господарювання прості зобов'язання використовуються, враховуючи видову класифікацію господарських зобов'язань, а саме соціально-комунальні зобов'язання, окремі види майнових зобов'язань, які стають інститутом змішаного правового регулювання. Так, грошове зобов'язання за договором про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту є простим зобов'язанням, що допускає поєднання

приватного та публічного елементу, має автономний характер, тобто існує відокремлено від інших майнових відносин, не породжує зустрічного майнового задоволення, що вказує на його нескладну правову природу.

Враховуючи, що розрахунок розміру, порядок залучення, об'єкт пайової участі і використання коштів пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту встановлюють виключно органи місцевого самоврядування, слід вести мову про обмеження принципу свободи договору. Принцип свободи договору, який передбачає укладення договору на вільний розсуд сторін, вільного визначення сторонами умов договору, при укладенні договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту значно обмежується. Як зазначала О. А. Біляневич, у господарських договорах, обтяжених публічним компонентом, принцип свободи договору діє у звуженому вигляді і межі його дії визначаються публічною соціальною спрямованістю таких договорів, і юридичною метою та об'єктом [9, с. 68]. Іншої позиції дотримується Ю. В. Поднавознова, зазначаючи, що договір розвитку забудови території як на етапі укладення, так і на етапі його безпосередньої реалізації забезпечений механізмом, що виключає принцип свободи договору. Такий висновок аргументований виключно адміністративно-правовою природою договору про розвиток забудованої території, адміністративним режимом, який виражається не в початковому нерівноправному положенні сторін, а в адміністративній поведінці органів влади всередині договірних відносин [3, с. 78–79]. Немає сумніву, що договір про пайову участь у розвитку інфраструктури є договором вертикального типу, організаційного змісту, спрямованого на задоволення інтересів територіальної громади, що значно звужує договірну свободу забудовника. Однак у договорі про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту принцип свободи договору діє, наприклад, під час вирішення питання про порядок сплати грошових коштів (єдиним платежем або частинами), можливість внесення змін та розірвання договору на підставі ст. 188 ГК України, застосування майнової відповідальності.

Звичайно на практиці, враховуючи включення у договір про пайову участь у розвитку інфраструктури владних повноважень органів місцевого самоврядування, у забудовника виникають труднощі в реалізації положень, регламентованих статтею 188 ГК України, щодо внесення зміни до таких договорів. Як правило, внесення змін до таких договорів відбувається в судовому порядку. Особливо це стосується договорів, які були укладені до прийняття Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності». При цьому судова практика йде шляхом задоволення вимог забудовників про внесення змін до договорів про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту. Наприклад, Постановою Вищого господарського суду від 03.12.2014 по справі № 916/2254/14 були залишені в силі рішення господарського суду Одеської області від 20.08.2014 та постанова Апеляційного господарського суду Одеської області від 09.10.14, якими задовольнялися вимоги за зустрічною заявою забудовника до Одеської міської ради про зміну договору про пайову участь. Враховуючи, що розмір

пайової участі суттєво зменшився у зв'язку з прийняттям Законом «Про регулювання містобудівної діяльності» норми стосовно граничного розміру, органи місцевого самоврядування, користуючись своїми владними повноваженнями, не йдуть на підписання змін та приведення таких договорів у відповідність до вимог статті 40 Закону, аргументуючи неможливістю зворотної дії закону у часі. Однак, відповідно до п. 7 Прикінцевих положень Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», якщо договором про пайову участь, який укладений до набрання чинності цим Законом, передбачена сплата пайової участі замовником будівництва (повністю або частково) в обсягах інших, ніж визначено цим Законом, такий договір підлягає приведенню у відповідність до цього Закону. Будь-які рішення органів місцевого самоврядування про надання замовником будівництва будь-яких послуг, передачу активів у будь-якій формі (матеріальній чи нематеріальній), передачу частини (відсоткової частки) площ, прийнятих в експлуатацію об'єктів містобудування, крім пайової участі, відповідно до цього Закону, прийняті до набрання чинності цим Законом, підлягають приведенню у відповідність до цього Закону (рішення господарського суду від 20.08.2014) [10]. Дане правило діє в разі звільнення забудовника від пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту до договорів, які не виконані на поточний момент. Так, Вищий господарський суд Постановою від 13.01.2013, скасовуючи Постанову апеляційної інстанції та залишаючи рішення господарського суду Вінницької області від 14.05.2012, зазначив, що суд першої інстанції правильно врахував положення Рішення Конституційного суду України від 09 лютого 1999 р. (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів), у якому зазначено, що «Конституційний суд України дійшов висновку, що положення ч. 1 ст. 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадку, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і не поширюється на юридичних осіб. Але це не означає, що цей конституційний принцип не може поширюватися на закони та інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути передбачено шляхом прямої вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті. Оскільки у п. 7 розділу V Прикінцевих положень Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» встановлена пряма вказівка на зворотну дію в часі щодо умов цього Закону щодо договорів про пайову участь, які не виконані на поточний момент, вони мають бути приведені у відповідність до вимог цього закону [11, с. 103-104].

Враховуючи той факт, що на практиці прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів здійснюється за наявності довідки органів місцевого самоврядування про повне виконання умов договору про пайову участь (хоча така умова на законодавчому рівні не закріплена та не має правового підґрунтя), бездіяльність органів місцевого самоврядування щодо внесення змін до діючих договорів має наслідком порушення

забудовником інвестиційних договорів та несення відповідальності перед інвесторами.

Окрім цього, на практиці спостерігається інша проблематика, яка пов'язана з ігноруванням забудовником положень статті 40 Закону, а саме не укладенням договорів про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту. При цьому після введення таких об'єктів будівництва в експлуатацію укладення договорів про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту є неможливим з урахуванням обмеження строку укладення таких договорів фактом прийняття об'єкта будівництва до експлуатації, що і є визначальною умовою взаємовідносин замовника будівництва з територіальною громадою. Такий висновок знайшов своє відображення в рішенні господарського суду Одеської області від 03 грудня 2014 р. по справі № 916/4335/14 [12]. Отже, в даному випадку вбачається бездіяльність органів місцевого самоврядування у напрямі укладення договорів про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, умови яких передбачені законодавством.

Із вищевикладеного витікає, що договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту, опосередковуючи будівельний процес, характеризується поєднанням публічних та приватних інтересів, що є підтвердженням господарсько-правової природи таких договорів. Незважаючи на суб'єктний склад та імперативний метод правового регулювання укладення договору про пайову участь, його приватна складова проявляється в дії принципу свободи договору (хоч досить у звуженому форматі), максимальному врахуванні інтересів взаємодіючих сторін договору, майновій відповідальності забудовника та опосередкуванні будівельного процесу, що супроводжує будівельну діяльність. Даний договір є підставою для виникнення простого грошового зобов'язання, яким забезпечується публічний інтерес – інтерес територіальної громади – та приватний інтерес забудовника – можливість здійснити забудову території. Враховуючи відсутність зустрічних зобов'язань та характер пайової участі, договір про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту слід віднести до автономних договорів господарського спрямування, який обумовлений специфічним предметом договору. Специфічний характер предмета договору зумовлений платою за реалізацію проекту, що є складовою будівельного процесу, невід'ємним елементом будівельної діяльності. Підтвердженням тому, що договір пайової участі належить до договорів публічного спрямування, є те, що орган місцевого самоврядування зберігає свої владні повноваження та бере на себе зобов'язання із цільового використання грошових коштів.

Варто також зазначити, що, враховуючи законодавчу конструкцію господарських зобов'язань, зобов'язання, що опосередковують договір про пайову участь, слід характеризувати як організаційно-майнові, які відрізняються від майнових цільовою спрямованістю, сферою застосування, порядком укладення.

Даний договір є підставою виникнення грошового зобов'язання, яке б могло бути віднесено до соціально-комунальних зобов'язань, що було б логічно,

враховуючи правову норму статті 177 ГК України, але добровільний характер виключає цю можливість, що є недоліком законодавства та потребує відповідного узгодження. Така пропозиція аргументована необхідністю утвердження єдиного господарського порядку в країні, тим більше що для розвитку будівельної галузі пріоритет слід віддати державно-приватному партнерству у розвитку інфраструктури, що співпадатиме зі світовими тенденціями правового забезпечення функціонування змішаної економіки. Покладання на забудовників додаткових грошових зобов'язань, які породжуються договором про пайову участь, є невиправданим обтяженням, що вимагає переосмислення його доцільності. Неповнота предмета регулювання, а саме відсутність конкретизації об'єкта, на розвиток якого надаються грошові кошти забудовником, призводить до зловживань органів публічної влади в аспекті нецільового їх використання, що вимагає віднесення до істотних умов договору предмета договору, з уточненням його змісту, який полягатиме у внесенні грошових коштів у конкретний об'єкт інфраструктури.

У контексті даної публікації відзначимо, що правова природа договору про пайову участь у розвитку інфраструктури є приводом для широкої дискусії, враховуючи необхідність ліквідації регуляторних бар'єрів у сфері господарювання, потребу у будівництві нових виробництв, відновленні будівництва інфраструктури для нових виробництв, враховуючи поступову тенденцію перетворення економічного простору в єдиний світовий комплекс. Варто як на теоретичному, так і на практичному рівні сприйняти концепцію стосовно необхідності поєднання у правовому забезпеченні змішаної економіки норм приватного та публічного права, у встановленні взаємних прав та обов'язків учасників господарських відносин.

Література

1. Знаменский Г. Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды : [сб. науч. трудов] / Г. Л. Знаменский – К. : Юринком Интер, 2012. – 488 с.
2. Миронець. І. М. Адміністративно-правове регулювання будівельної діяльності в Україні : автореф дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ірина Миколаївна Миронець; Нац. авіаційний ун-т. – К., 2012. – 22 с.
3. Поднавознова Ю. В. Правовое заключение договора о развитии застроенной территории: дефиниции, коллизии, перспективы преименения / Ю. В. Поднавознова // Вестник СГАП, 2009. – № 2. – С. 77–81.
4. Лукьяненко Г. В. Административно-прравовая природа договора о развитии застроенной территории / Г. В. Лукьяненко // Правовая политики и правовая жизнь. – 2011. – № 2. – С. 108–113.
5. Про внесення змін до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності (щодо зарахування витрат на будівництво інженерно-транспортної інфраструктури в якості пайового внеску): Проект Закону України від від 05.07.2013 № 2553а [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://zet.in.ua/zakonoproekt/proekt-zakonu-provnesennya-zmin-do-zakonu-ukra%D1%97ni-zastrojshhikam-zaschitayut-vznos-proekt-zakonu-pro-regulyuvannya-mistobudivno%D1%97-diyalnosti-shhodo-zaraxuvannya-vitrat-na-budivnictvo-i.
6. Новітнє вчення про тлумачення правових актів : [навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для судів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку] / В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, А. Г. Ярема [та ін.] ; відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. – Х. : Право, 2013. – 752 с.

7. Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному прав України методологічні засади правового регулювання : [монографія] / Н. Ю. Голубєва. – О. : Фенікс, 2013. – 642 с.
8. Харитонов Є. О. Цивільне право України : [підручник] / Є. О. Харитонов, О. В, Старцев. – 2-е вид., переробл. і доп. – К. : Істина, 2007. – 816 с.
9. Біляневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України / О. А. Біляневич // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. – 2004. – С. 64–68.
10. Справа № 916/2254/14. Реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40201200.
11. Постанови Вищого господарського суду України у справах зі спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства у сфері містобудівної діяльності // Господарське судочинство. – № 1. – 2014. – 150 с.
12. Справа № 916/4335/14. Реєстр судових рішен [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41850678.

Анотація

Квасніцька О. О. **Господарсько-правова природа договору пайової участі у розвиток інфраструктури населеного пункту.** – Стаття.

У статті досліджуються умови, особливості та практичні проблеми договору про пайову участь у розвитку інфраструктури населеного пункту. Теоретичному аналізу підлягають зобов'язання, підставою виникнення яких є укладення договору про пайову участь. Висвітлюються практичні проблеми та законодавчі неузгодженості при реалізації таких договорів.

Ключові слова: договір про пайову участь, інфраструктура населеного пункту, забудовник, будівельна діяльність, будівельний процес, грошове зобов'язання, господарський порядок, публічний інтерес, приватний інтерес.

Аннотация

Квасницкая О. А. **Хозяйственно-правовая природа договора паевого участия в развитии инфраструктуры населенного пункта.** – Статья.

В статье исследуются условия, особенности и практические проблемы, связанные с договором паевого участия. Теоретическому анализу подвергаются обязательства, основанием возникновения которых является заключенный договор паевого участия. Указываются практические проблемы и законодательные несогласованности при реализации таких договоров.

Ключевые слова: договор паевого участия, инфраструктура населенного пункта, застройщик, строительная деятельность, строительный процесс, денежное обязательство, хозяйственный порядок, публичный интерес, частный интерес.

Summary

Kvasnitska O. A. **Economic and legal nature of the contract of divvy`s participation in infrastructure development of the village.** – Article.

The article researches the conditions, characteristics and practical problems associated with the contract of divvy`s participation. Theoretical analysis are subject to the obligations, which is the basis of origin of the concluded contract of divvy`s participation. Indicate the practical problems and legal inconsistencies with the implementation of such agreements.

Key words: contract of divvy's participation, infrastructure of the village, developer, construction activity, construction process, liabilities, economic order, public interest, private interest.

УДК 351.713:339.543.002(477)

О. П. Федотов

КОНЦЕПЦІЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ МИТНОЇ СПРАВИ В КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ДОКУМЕНТАХ

Активне реформування системи та структури суб'єктів реалізації державної митної справи, зміна логіки та пріоритетів їх діяльності дає змогу стверджувати, що розробка мотивованої, ефективної, результативної й адекватної концепції реалізації державної митної справи новоствореним центральним державним фіскальним відомством України є цілком актуальним питанням.

Дослідження концептуальних засад реалізації державної митної справи здійснювали такі вітчизняні науковці, учені-правознавці та практики митної галузі: Є.В. Додін, І.Г. Калєтнік, С.В. Ківалов, Б.А. Кормич, А.В. Макаренко, В.П. Науменко, В.П. Пашко, М.М. Разумей та ін. Однак, враховуючи низку організаційно-розпорядчих актів центральних органів виконавчої влади, які розробляли та впроваджували в службову діяльність відомчі концепції з окремих напрямів державної митної справи, а також процес активного реформування митної галузі, з'ясування теоретичних засад концепції як основоположного документу системних змін, дія яких спрямована на реалізацію основних напрямів і пріоритетних цілей державної митної справи, залишилося поза увагою науковців.

Так, Державна фіскальна служба України (як правонаступник Міністерства доходів і зборів України (за останні півтора року в нашій країні змінилося чотири державних центральних адміністрації, які впроваджували в життя єдину державну митну політику)) та її територіальні органи виконують завдання, покладені на них відповідно до законодавства України з питань державної митної справи [1; 2, п. 3]. А отже, ця профільна державна інституція реалізує законодавчо визначені завдання на законній, постійній і систематичній основі, що закріплено на нормативно-правовому рівні. При цьому вагому роль для належного рівня реалізації державної митної справи відіграють концептуальні засади, що зосереджуються в концепціях (стратегіях, пріоритетах, програмах, проектах і планах) розвитку й діяльності того чи іншого державного органу, що прямо або опосередко-

© Федотов О. П., 2014

вано виконує завдання з реалізації державної митної справи. Свого часу такими документами були *Концепція* створення, впровадження й розвитку системи аналізу та керування ризиками; Концепція модернізації діяльності митної служби України; Концепція Комплексної системи захисту інформації в Єдиній автоматизованій інформаційній системі Державної митної служби України; Концепція створення багатофункціональної комплексної системи «Електронна митниця»; Концепція реформування митної системи на 2010–2015 рр. «Обличчям до людей»; Концепція та документи для забезпечення ефективності організації роботи з надання адміністративних послуг та сервісів центрами обслуговування платників (2013–2018 рр.) тощо [3; 4; 5; 6; 7; 8].

В одній із перших Концепцій модернізації діяльності колишньої митної служби України, яка була затверджена наказом цього реорганізованого державного відомства, було зазначено, що концепція – це система передумов, правовою основою яких є норми законодавства України й міжнародних правових актів із питань митної справи, метою якої є надання теоретичного підґрунтя переходу митної служби України на якісно новий етап розвитку й чіткого визначення передумов, які необхідно створити за всіма напрямами діяльності митної служби України [4].

Беручи до уваги низку аналогічних документів, які було розроблено на тому чи іншому етапі функціонування й розвитку системи суб'єктів формування та реалізації державної митної справи, можна стверджувати, що *концепція реалізації державної митної справи* (далі – концепція) – це концептуальний документ, у якому вказується мета, бачення, рішення, принципи роботи, етапи реалізації, а також джерела фінансування (фінансове забезпечення) певних напрямів реалізації державної митної справи (господарських, юридичних, фінансових, перевірочних, контролюючих, ІТ-інформаційних, кадрових) із метою досягнення запланованих індикаторів результату й успіху.

Під запланованими індикаторами результату й індикаторами успіху концепції варто розуміти підвищення ефективності, консолідацію діяльності, впровадження новацій, виконання запланованих показників тощо за господарськими, юридичними, фінансовими, перевірочними, контролюючими, ІТ-інформаційними, кадровими напрямами реалізації державної митної справи, які певним чином можуть впливати на розвиток окремих державних секторів.

Варто зазначити, що поняття *концепції* фактично пов'язане з *концептуальністю державної митної справи* (далі – концептуальність), під якою варто розуміти умовний звід (репозиторій або класифікаційний рубрикатор) законодавчої, нормативно-правової, звітної, статистичної інформації за профілем і методологією державної митної справи. Отже, можна припустити, що *концептуальність* є певним підґрунтям *концепції*, яка у свою чергу формує, планує й визначає мету, бачення, рішення, принципи роботи, а також заплановані *концепцією* індикатори результату й індикатори успіху відповідно до *концептуальних* засад державної митної справи. При цьому

концепція спрямовує *концептуальність* на побудову теоретично-практичного підґрунтя щодо сформованих, запланованих і визначених *концепцією* мети, бачення, рішення, принципів роботи, а також запланованих індикаторів результату й індикаторів успіху, що полягають у підвищенні ефективності, консолідації діяльності, впровадженні новацій, виконанні запланованих показників у сфері реалізації державної митної справи. Тобто можна припустити, що *концептуальність* надає *концепції* цільову консультативно-дорадчу допомогу в питаннях досягнення визначених *концепцією* запланованих індикаторів результату й індикаторів успіху (мал. 1, мал. 2).

Мал. 1.

Мал. 2.

Як практичний приклад можна навести Концепцію створення, впровадження й розвитку системи електронного декларування товарів; Програму розвитку митної інфраструктури на 2009–2010 рр.; Пріоритетні напрями діяльності митної служби України «Чистий бізнес, чесні податки» (2013 р.); Кадрову стратегію Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр. тощо [9; 10; 11; 12].

Аналізуючи наведені приклади, можемо зазначити, що *концепція* є концептуальним документом, проект якого, як правило, розробляється відповідно до завдань, поставлених Президентом України або Кабінетом Міністрів України перед колегіально-дорадчим органом центрального державного відомства України, що реалізує державну митну справу, схвалюється та вводиться в дію наказом цього відомства.

Треба зазначити, що вагомою складовою концепції є процес виконання її пріоритетної мети, яка достягається за допомогою організації процесу щорічного оперативного планування тактичних (короткострокових) заходів і дій для забезпечення й досягнення ключових показників діяльності з виконання концепції реалізації державної митної справи.

Плануванням є процес із визначення цілей і завдань діяльності щодо розвитку податкової й митної сфер, методів і способів досягнення цих цілей залежно від пріоритетів державної політики й можливостей фіскальних органів (органів доходів і зборів), який включає етапи розробки, схвалення й затвердження, виконання, моніторингу, корегування й оцінки результативності стратегічного плану на різних етапах виконання – основного документу з планування діяльності фіскальних органів (органів доходів і зборів), що визначає стратегічні цілі, завдання, шляхи їх виконання й очікувані результати діяльності з урахуванням наявних ресурсів [13]. Однак стратегічне планування потрібно відрізняти від поточного [14].

Відштовхуючись від наведених визначень та аналізуючи змістовну складову подібних документів, можна дати таке визначення: *план концепції з реалізації державної митної справи* (далі – план) – це документ, у якому зосереджено сукупність організаційно погоджених і затверджених цілей, заходів, напрямів, ініціатив, які пов'язані між собою та спрямовані на вирішення завдань, що визначені метою *концепції* з додержанням запланованих періодів її реалізації. Тобто *план* є безперервним, поетапним процесом, дія якого спрямована на досягнення тих чи інших запланованих індикаторів результату й індикаторів успіху, що визначені метою *концепції* з додержанням при цьому запланованих періодів її реалізації (мал. 3).

Під періодом реалізації (виконання) планів необхідно уявляти конкретний (часовий) період реалізації: це може бути квартал календарного року, календарний рік або декілька календарних років чи постійний (безперервний) процес.

Важливо зазначити, що проект *плану* схвалюється колегіально-дорадчим органом центрального державного відомства України, що реалізує державну митну справу (наприклад, проекти стратегічних планів в органах доходів і зборів обговорювалися та схвалювалися на загальнонаціонально-

Мал. 3

му форумі співробітників цих органів, а потім надавалися до розгляду й подальшого затвердження Кабінетом Міністрів України), та вводиться в дію наказом цього відомства або наказом профільного міністра чи розпорядженням Кабінету Міністрів України (План діяльності Держмитслужби на 2009 р. і заходів з реалізації Основних пріоритетних напрямів діяльності та завдань Державної митної служби України на 2009 р.; Основні пріоритетні напрями діяльності митної служби України на 2010 р.; План заходів на 2010 р. щодо виконання Програми соціального розвитку митної служби України на 2006–2010 рр.; Щодо планування діяльності митних органів, спеціалізованих митних установ та організацій на 2011 р.; Комплексний план заходів щодо досягнення кінцевих цілей реформування митної служби; План роботи Держмитслужби України на 2012 р. та заходи щодо реалізації основних напрямів та пріоритетних цілей її діяльності; Стратегічний план розвитку Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр., План заходів з проведення реорганізації Міндоходів тощо [15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22]).

Порядок планування (розробка, схвалення й затвердження, виконання, моніторинг, корегування й оцінка результативності плану на різних етапах його виконання) реалізації державної митної справи державними органами, що виконують завдання, які покладені на них за призначенням,

відповідно до законодавства України з питань державної митної справи, регламентується вимогами нормативно-правових актів центрального державного відомства України, що реалізує державну митну справу (актами колишніх органів доходів і зборів (Порядок стратегічного планування у Міндоходів України [13], Порядок адміністрування ключових показників діяльності [23] тощо).

Виконавцями плану повинні виступати структурні підрозділи центрального державного відомства України, що реалізує державну митну справу (особовий склад цих підрозділів (склад робочих груп)). Наприклад, основні завдання та заходи з виконання цих завдань Програми соціального розвитку митної служби України на 2006–2010 рр. [24] реалізуються відповідно до Плану заходів на 2010 р. щодо виконання Програми соціального розвитку митної служби України на 2006–2010 рр., визначеними виконавцями та співвиконавцями [17]; основні цілі, пріоритетні завдання, першочергові дії Кадрової стратегії Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр. [12] реалізуються відповідно до плану реалізації Кадрової стратегії Міністерства доходів і зборів України на 2014 р. відповідальними виконавцями [25].

На жаль, постійні контраверсії щодо подальшого реформування державної митної справи в тій чи інший площинні (враховуючи проекти постійних новацій, нововведень та інших рамкових стандартів) ідуть не на користь загальним правилам реалізації державної митної справи. Звичайно, організаційні дії з інтеграції та реструктуризації не несуть нічого позитивного величезному колу реципієнтів від державної митної справи, гальмуючи при цьому виконання ухвалених державних рішень у царині державної митної справи.

Безумовно, політичні, економічні, соціальні, законодавчі зміни, що відбуваються в країні, повною мірою впливають на реалізацію державної митної справи. Стратегічний же план розвитку Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр. [21] на сьогодні є малоефективним: реалізація проекту органів доходів і зборів «Митні пости майбутнього» організаційно й процедурно зірвалася [26], залишилася певна підміна понять, яка спостерігається в ланцюгу «нормативно-правовий рівень – рівень практичної реалізації на місцях». А значить, майбутня концепція реалізації державної митної справи, яка буде розроблятися та впроваджуватися в діяльність Державної фіскальною службою України, не повинна прийматися спонтанно й перетворюватися на звичайну профанацію, яка сприятиме гонитві за показниками, формальному «підходу» тощо. Уникнення цих ризиків буде запорукою належного дистанціювання від «хамелеонства» в питаннях вміння підлаштовуватися під владу.

Література

1. Митний кодекс України : Закон України від 13.03.2012 р. № 4495-VI // Урядовий кур'єр. – 2012. – № 86. – С. 9–26.
2. Про Державну фіскальну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 21.05.2014 р. № 236 // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 120. – С. 12–13.

3. Про затвердження Концепції створення, упровадження і розвитку системи аналізу та керування ризиками та Положення про систему аналізу й селекції факторів ризику при визначенні окремих форм митного контролю : Наказ Державної митної служби України від 27.05.2005 р. № 435 // Таможенный брокер. – 2005. – № 7. – С. 62–70.
4. Щодо Концепції модернізації діяльності митної служби України : Наказ Державної митної служби України від 17.10.2006 р. № 895 // Таможенная газета. – 2006. – № 11. – С. 10–11.
5. Про затвердження Концепції Комплексної системи захисту інформації в Єдиній автоматизованій інформаційної системи Державної митної служби України : Наказ Державної митної служби України від 05.09.2007 р. № 732 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
6. Про схвалення Концепції створення багатофункціональної комплексної системи «Електронна митниця» : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.09.2008 р. № 1236-р // Митна газета. – 2008. – № 21. – С. 3–4.
7. Обличчям до людей : Концепція реформування діяльності митної служби України на 2010–2015 рр., затверджена Наказом Державної митної служби України від 30.10.2010 р. № 1311 «Про введення в дію рішення колегії Держмитслужби від 29.10.2010 р.» // Митниця. – 2010. – № 12. – С. 5–19.
8. Про затвердження Концепції та документів для забезпечення ефективної організації роботи з надання адміністративних послуг та сервісів центрами обслуговування платників : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 30.09.2013 р. № 519 // Митний брокер. – 2013. – № 10. – С. 42–68.
9. Про затвердження Концепції створення, впровадження та розвитку системи електронного декларування товарів : Наказ Державної митної служби України від 18.10.2006 р. № 907 // Таможенная газета. – 2006. – № 11. – С. 8–10.
10. Про затвердження Програми розвитку митної інфраструктури на 2009–2010 рр. : Наказ Державної митної служби України від 16.06.2008 р. № 777 // Митна газета. – 2008. – № 25. – С. 3–4.
11. Про завдання, поставлені перед митними органами, на координаційній нараді керівників правоохоронних органів держави під головуванням Президента України; про економічну ефективність діяльності митних органів в умовах дії Закону України від 15.11.2011 р. № 4025-VI; про схвалення пріоритетних напрямів діяльності Держмитслужби України «Чистий бізнес, чесні податки» : Рішення колегії Державної митної служби України від 13.11.2012 р. (додаток до наказу Державної митної служби України від 16.11.2012 р. № 648) / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
12. Про затвердження Кадрової стратегії Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр. : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 23.12.2013 р. № 834 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
13. Про затвердження Порядку стратегічного планування у Міністерстві доходів і зборів України : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 30.12.2013 р. № 893 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
14. Про затвердження Порядку поточного планування діяльності Міністерстві доходів і зборів України та його територіальних органів : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 23.12.2013 р. № 838 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
15. Про План діяльності Держмитслужби на 2009 р. і заходів з реалізації Основних пріоритетних напрямів діяльності та завдань Державної митної служби України на 2009 р. : Лист Державної митної служби України від 09.02.2009 р. № 37/39-ЕП / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
16. Про затвердження Основних пріоритетних напрямів діяльності митної служби України на 2010 р. : Наказ Державної митної служби України від 13.10.2009 р. № 948 / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
17. Про затвердження Плану заходів на 2010 р. щодо виконання Програми соціального розвитку митної служби України на 2006–2010 рр. : Наказ Державної митної служби України від 12.03.2010 р. № 238 / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
18. Щодо планування діяльності митних органів, спеціалізованих митних установ та організацій на 2011 р. (План діяльності Державної митної служби України на 2011 р.) : Лист Державної

митної служби України від 04.01.2011 р. № 11/4-10.37/31-ЕП / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
19. Про затвердження Комплексного плану заходів щодо досягнення кінцевих цілей реформування митної служби : Наказ Державної митної служби України від 25.11.2011 р. № 994 / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
20. План роботи Держмитслужби України на 2012 р. та заходи щодо реалізації основних напрямів та пріоритетних цілей її діяльності : Наказ Державної митної служби України від 11.05.2012 р. № 261 / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
21. Про затвердження Стратегічного плану розвитку Міністерства доходів і зборів України на 2013–2018 рр. : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.10.2013 р. № 869-р // Митний брокер. – 2013. – № 11. – С. 35–46.
22. Про затвердження Плану заходів з проведення реорганізації Міндоходів : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 15.07.2014 р. № 2 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
23. Про затвердження Порядку адміністрування ключових показників діяльності : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 08.08.2013 р. № 338 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
24. Про затвердження Програми соціального розвитку митної служби України на 2006–2010 рр. : Наказ Державної митної служби України від 10.07.2006 р. № 573 / Державна митна служба України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.customs.gov.ua.
25. Про реалізацію Кадрової стратегії Міністерства доходів і зборів України у 2014 р. : Розпорядження Міністерства доходів і зборів України від 17.02.2014 р. № 31-р. / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.
26. Про затвердження Складу робочих груп з реалізації проекту «Митні пости майбутнього» : Наказ Міністерства доходів і зборів України від 11.02.2014 р. № 130 / Міністерство доходів і зборів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minrd.gov.ua.

Анотація

Федотов О. П. **Концепція реалізації державної митної справи в концептуальних документах.** – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню теоретичних засад концепції реалізації державної митної справи в концептуальних документах. Надано авторське визначення поняття «концепція реалізації державної митної справи». Доведено, що поняття «концепція» практично пов'язане з концептуальністю державної митної справи. Встановлено, що вагомою складовою концепції є процес виконання її пріоритетної мети. Акцентовано увагу на тому факті, що власна концепція реалізації державної митної справи, яка буде розроблятися та впроваджуватися в діяльність новітньою Державною фіскальною службою України, не повинна прийматися спонтанно задля уникнення ризиків, що стане запорукою належної реалізації державної митної справи.

Ключові слова: державна митна справа, концепція, концептуальність, план концепції.

Аннотация

Федотов А. П. **Концепция реализации государственного таможенного дела в концептуальных документах.** – Статья.

Статья посвящена исследованию теоретических основ концепции реализации государственного таможенного дела в концептуальных документах. Дано авторское определение понятия «концепция реализации государственного таможенного дела». Доказано, что понятие «концепция» практически связано с концептуальностью государственного таможенного дела. Установлено, что важной составляющей концепции является процесс выполнения ее приоритетной цели. Акцентировано внимание на том факте, что собственная концепция реализации государственного таможенного дела, которая будет разрабатываться и

внедряться в деятельность Государственной фискальной службой Украины, не должна приниматься спонтанно во избежание рисков, что станет залогом надлежащей реализации государственного таможенного дела.

Ключевые слова: государственное таможенное дело, концепция, концептуальность, план концепции.

Summary

Fedotov A. P. **The concept of implementing the state customs affairs in conceptual documents.** – Article.

The Article researches theoretical bases of a conception of implementing the state customs in conceptual documents. There is represented the author's definition of the concept of implementing the state customs affair. It is proved that the concept is practically connected with conceptual novation of state customs affair associated with customs. It was found that a significant part of the concept is the process of implementation of its priority goal. Attention is focused on the fact that the proper implementation of the concept of state customs affairs, which will be developed and implemented by new system of State Customs Service of Ukraine it should not be spontaneously taken to avoid risks will ensure proper implementation of the state customs affairs.

Key words: state customs, concept, conceptual, concept plan.

УДК 340.1

З. М. Юдін

АНТРОПОЛОГІЧНІ Й АКСІОЛОГІЧНІ ДЕТЕРМІНАНТИ ПРАВОВОГО КОНТРАКТИВІЗМУ

Актуальність теми. Одним із перспективних напрямів розвитку загальнотеоретичної юриспруденції в умовах поступового визнання методологічних постулатів постнекласичної науки стає звернення до тих сфер правової реальності, зміст і структура яких перебувають одночасно в усіх її вимірах і площинах. Якщо для юриспруденції класичної доби характерною рисою теоретичних побудов була їх рафінованість, максимально можлива абстрактність, яка мала на меті продемонструвати не специфіку правових феноменів, а їх абсолютизовану логіку (тут прикладом може слугувати чиста теорія права Г. Кельзена, який прагнув виявити нормативні параметри права в повному відриві від реального змісту правових норм[1]), то на сучасному етапі розвитку юридичної думки змінилися методологічні й дослідницькі пріоритети. Усе частіше звучать заклики до розгляду права як цілісності, у якій не має й не може бути ізольованих одна від одної сфер, а отже, неможливо створити ізольовані концепції окремих правових феноменів, оскільки жоден із них ізольованим не є.

За таких умов набувають усе більшої значущості проблеми побудови так званих теорій середнього рівня, які мають поєднувати фундаментальні концептуальні ідеї науки з прикладними аспектами їх інтерпретації. Фактично сучасна загальнотеоретична юриспруденція поступово переорієнтовується з надання узагальнених характеристик правових явищ (тобто зі створення системи правових понять і категорій – енциклопедії права) до розробки різноманітних теорій середнього рівня. До них можуть бути віднесені теорія джерел і форм права, теорія правового порядку, теорія правозначущої поведінки, теорія правозастосування тощо. Особливість

[1] Тут слушною є думка угорського теоретика-правознавця Ч. Варги, який пише, що прагнення Г. Кельзена не було позбавлене логіки й раціональності: він намагався пояснити право саме по собі, як цілісний феномен, незалежно від особливостей правової системи, як в евклідовій геометрії пояснюються властивості трикутника, незалежно від того, чи він накреслений на дошці, намальований на піску чи існує в нашій уяві [1].

© Юдін З. М., 2014

цих теорій полягає в тому, що їх зміст не може обмежуватися розробленими теоретико-методологічними постулатами, вони мають охоплювати прикладні й динамічні характеристики пояснюваних феноменів. До таких теорій середнього рівня варто відносити й теорію правового контрактивізму, становлення якої лише починається. Вона охоплює всі питання теорії та практики договірного правового регулювання, класифікації договорів, їх властивостей і значення для сучасного права.

При цьому методологія правового контрактивізму має базуватися на сучасних підходах і методах, які дозволять показати фундаментальні основи існування договорів у сучасному праві. Саме із цією метою актуальним є залучення до методологічних засад правового контрактивізму правової аксіології й антропології – двох перспективних методологічних підходів, використання яких є необхідним етапом будь-якого сучасного загальнотеоретичного юридичного дослідження.

Мета статті полягає у виявленні аксіологічних та антропологічних основ правового контрактивізму, встановленні перспективних напрямів використання аксіологічного й антропологічного підходів до осягнення специфіки договору в сучасному праві.

Аналіз останніх публікацій. Проблеми загальної теорії договору, які полягають у встановленні особливостей договорів у сучасному праві, нечасто стають предметом загальнотеоретичного аналізу. Серед авторів ґрунтовних робіт на цю тему можна назвати В. Іванова, С. Погребняка, В. Дьоміна, М. Казанцева, Т. Примак та ін. Проте дослідження цих науковців не характеризуються використанням сучасної методології юриспруденції. Тому перспективним є звернення до робіт таких фахівців, як Ю. Оборотов, С. Максимов, П. Рабінович, а також класиків європейської й американської юриспруденції Н. Рулана, В. Кравіца, Р. Познера та ін.

Виклад основного матеріалу. Розвиток сучасного права пов'язаний із необхідністю якісного перегляду тієї системи правових засобів, які традиційно об'єднуються під назвою «механізм дії права». Занепад регулятивної ефективності права, на нашу думку, не можна не співвідносити із загальною кризою законодавчого права. Дійсно, пріоритет об'єктивного права над суб'єктивним як фундаментальна ідея класичної юриспруденції, під знаком якого відбувався розвиток правової сфери протягом останніх століть, сьогодні явно втрачає свої позиції. Акценти все більшою мірою переносяться на суб'єктивне право, доказ чому – колосальний у своїй швидкості розвиток права прав людини на всіх рівнях існування права. При цьому очевидно, що, незважаючи на структурне узагальнення в окремій галузі об'єктивного права, право прав людини первинно є суб'єктивним правом, тобто правом суб'єктів, їх здібностей і бажань.

До речі, первинність суб'єктивного права щодо права об'єктивного підкреслювалася ще М. Алексєєвим, коли він, з'ясовуючи природу правових домагань, встановив, що особа в праві виступає не тільки як самостійна одиниця правової матерії, а й центральна ланка розгортання того, що сьогодні називають правовим життям [2, с. 74]. У зв'язку із цим не можна не

погодитися з представниками постнекласичної юриспруденції (Ю. Оборотов, О. Овчинников, І. Честнов та ін.) у тому, що персоналізація права є новим етапом в утвердженні суб'єктної природи права. Набувають поширення судження, що цим новим етапом стає інтерсуб'єктна природа права, яка відходить від парадигми індивідуалізованого суб'єкта до розуміння того, що право виникає в результаті комунікації [3].

Усе зростаюча цінність суб'єктивного права й суб'єкта в праві взагалі виводить на необхідність переосмислення основних шляхів дії права. Коли за пріоритету об'єктивного права йдеться про регулювання, тобто встановлення правил (у найзагальнішому вигляді), то перенесення акцентів на суб'єктивне право виводить на координацію як встановлення алгоритмів поведінки рівних між собою суб'єктів. Тут видається справедливим судження А. Полякова стосовно того, що правове регулювання являє собою монологічний стиль дискурсу, де є один суб'єкт, який домінує над іншими, при цьому зворотній зв'язок фактично зводиться нанівець [4, с. 99]. Координація тут вигідно відрізняється тим, що вона є діалогічним дискурсом, оскільки суб'єкти є рівними у своєму баченні ситуації.

У найзагальнішому вигляді координація в правовій сфері дозволяє вибудувати правову систему, яка не тільки структурно, а й ідейно відрізняється від звичної системи права. Ідеться про договірне право, а в більш широкому сенсі – про правовий контрактивізм, коли договір перебуває в центрі механізму дії права, усе більшою мірою витісняючи статутне право.

Ці тенденції суб'єктивації права, його трансформації на користь ситуативності та гнучкості, відхід від побудови жорстких детерміністських схем, які пропонують законодавством, як видається, пов'язані з антропологізацією правової сфери. Як підкреслює Н. Рулан, антропологія сучасного права все більшою мірою відходить від прагнення держави зробити все право своїм, тобто монополізувати його, особливо в аспекті здійснення правосуддя [5, с. 269]. Категорії договору в цьому контексті приділяється значна увага. Французький антрополог наполягає на тому, що для сучасного права використання договору є одним із найбільш перспективних шляхів відходу від моделі правосуддя «з нульовою сумою» (офіційне судочинство, засноване на втручанні третьої незацікавленої сторони, винесенні обов'язкового для учасників процесу рішення, аналізі фактів минулого, визначенні винуватої й невинуватої сторони тощо) до моделі правосуддя «з позитивною сумою» (компромісне вирішення конфлікту, яке передбачає вирішення проблеми самими сторонами на основі переговорів та узгодження позицій, орієнтацією не на минулі факти, а на майбутні відносини, прагнення зняти конфлікт, а не визначити винувату сторону тощо) [5, с. 272].

Підхід Н. Рулана до проблематики договору в сучасному праві є оригінальним і непозбавленим раціонального зерна, проте при цьому навряд чи він охоплює всі прояви антропологізації договірної сфери. Зокрема, очевидно, що сфера вирішення конфліктів не є єдиною, у якій договір набуває особливого значення, навіть з урахуванням максимально широких інтерпретацій конфлікту та компромісу.

Не менш важливим антропологічним аспектом договору в сучасному праві є використання його як способу створення неофіційної правової реальності. У цьому сенсі договір стає інструментом подолання тієї онтологічної крихкості права, про яку пишуть західні науковці [6]. Фундаментальна проблема, на якій концентрують свою увагу представники юридичної антропології, – це внутрішня плюралістичність правової реальності, її глибинна розчленованість, унаслідок чого в її змісті завжди співіснують норми та моделі поведінки, які мають офіційне й неофіційне походження. Договір у цій системі посідає особливе місце, оскільки він виступає унікальним інструментом узгодження моделей поведінки суб'єктів права на тому ситуативному рівні, який є принципово недосяжним для законодавства. Уся сукупність договірних актів формує розгалужену систему, яка якщо й не створює противагу офіційному праву (законодавству, індивідуальним правозастосовним актам тощо), то принаймні є вагомим і важливим пластом правової реальності, що формується й розвивається відповідно до внутрішніх закономірностей.

Саме тому, коли йдеться про антропологічні аспекти правового контрактивізму, ключова увага має приділятися саме тому, що договірні відносини є квінтесенцією компромісу. Це важливо також із точки зору найбільш загальних питань загальнотеоретичної юриспруденції. Наприклад, для Р. Дворкіна питання змісту права лежить у площині системи принципів та індивідуальних прав, щодо яких у суспільстві існує компроміс і загальна згода. Проте, як слушно підкреслює Б. Таманага, такий підхід демонструє свою хибність на рівні правових реалій, оскільки зазвичай навіть у найбільш консолідованих суспільствах може існувати буквально декілька принципових позицій, за якими існує загальна згода [7, с. 119–120]. Вважаємо, в усіх інших випадках згода може бути досягнута лише на рівні індивідуалізованих угод, оскільки жодної загальної формули компромісу не існує, як і не може існувати єдиної формули справедливості.

Антропологічний вимір правового контрактивізму має й інші прояви. Зокрема, специфіка договору в сучасному праві безпосереднім чином пов'язана з питаннями свободи та власності. Часто звертається увага на ту обставину, що саме в договорах найчастіше отримує своє вираження ідея вільної людини. При цьому договори, відповідно до концепцій сучасної цивілістики, є основними інструментами розподілу власності. На думку Г. Самнер-Мена історично існує три стадії розвитку права (божественне право, звичаєве право й договірне право), і в цьому сенсі воно розвивається паралельно з розвитком ідей власності та свободи. Розвиваючи цю думку, В. Малигіна та К. Хахуліна стверджують, що юридична антропологія вивчає неподільне поняття індивіда як суб'єкта свободи, власності й відповідальності в системі правових понять із позицій юридичної догматики, філософського осмислення й філософсько-юридичної оцінки [8, с. 283].

Антропологічне осмислення проблем правового контрактивізму показує, що неможливо розглядати договори й договірне право у відриві від тенденцій індивідуалізації суспільства й націленості ціннісно-нормативних

регулятивних систем на досягнення компромісу. Проте тут відкриваються й інші перспективи, пов'язані, зокрема, із ціннісними аспектами договорів. Якщо юридична антропологія в процесі свого формування пройшла від максимально прикладної, навіть польової, юриспруденції до складних філософсько-правових концепцій, то правова аксіологія рухалася зворотнім шляхом. Отримавши своє вираження у філософії права, вона поступово почала набувати теоретичних обрисів, і на сьогодні без неї складно уявити сучасний теоретико-правовий дискурс.

Дійсно, у контексті теорії правового контрактивізму в новому світлі постає питання правових цінностей як основоположних ідейних підстав правової сфери, а особливо питання критеріїв вибудовування їх ієрархії й механізмів взаємодії. Так, з урахуванням вищесказаного правовий контрактивізм передбачає центрування правового життя навколо суб'єкта в праві як носія суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Сам факт наявності прав та обов'язків перетворює такого суб'єкта на учасника широкого спектра договорів, предметом яких є правовий порядок, правовий режим, особливості державного устрою, на більш низькому рівні – правила правових комунікацій, укладання угод тощо. При цьому показово, що всі ці договори тільки в тому випадку будуть ефективними, якщо права й обов'язки кожного суб'єкта будуть здійснюватися ним відповідно до очікувань інших суб'єктів, що знову веде до контрактивізації всієї системи правових комунікацій.

Таким чином, із точки зору правового контрактивізму суб'єкт права, а також його права й обов'язки як необхідні компоненти правового статусу, що визначають його доступ до участі в договорах, є основною правовою цінністю. Очевидно, що розгортання прав та обов'язків у межах договірних відносин виводять сам договір на вищі щаблі в ієрархії правових цінностей.

Важливо підкреслити, що сам договір, який традиційно трактують у площині системи джерел права й індивідуальних правових актів, навряд чи є ціннісним у контексті здатності бути результатом оформлення волі учасників правовідносин. Варто відзначити, що існування договору як джерела права не обмежує інших його іпостасей, а саме засобу правової координації (і тут договір має унікальні властивості), елемента інституційної структури правової сфери, мови стратегічної комунікації в праві.

Із цих позицій розкривається ще один ряд правових цінностей: правова координація, мова права, договірний правопорядок. При цьому важливо підкреслити, що в контексті інституціоналізації договірних відносин перебуває не тільки правове життя, а й правова наука, у зв'язку із чим підкреслюється статус і методологічне значення так званих конвенціональних понять [9, с. 10–20], а тому сама юриспруденція включена в розбудову правового контрактивізму. Тут цікавою є точка зору, відповідно до якої розвиток сучасної юриспруденції характеризується акцентом на тих аспектах права, які наскрізно проходять через усю його структуру, а тому представлені і на рівні наукового знання про право, і на рівні позитивного

права, і на рівні юридичної практики. Так, із цих позицій досліджує догму права О. Сидоренко [10, с. 11–12]. Такі ж риси властиві правовому контрактивізму.

З точки зору використання правової аксіології як підходу до розуміння феномена договору важливо звернути увагу на його властивості. Реалізація положень договору, а також його основоположні властивості завжди перебували в центрі уваги правознавців. Серед конститутивних властивостей договору називалися рівність сторін, свобода, справедливий зміст тощо [11; 12]. Водночас сьогодні складно стверджувати, що договори існують як вільні та справедливі угоди формально рівних учасників, оскільки їх більшість такими не є. Із цієї точки зору важливо усвідомлювати той факт, що властивості й ознаки явища не є його тотожними характеристиками. Тут слушною є позиція А. Уйомова, який стверджує, що властивість є таким дескриптором речі, який дозволяє вирізнити цю річ через її атрибутивні характеристики (при цьому одна річ може виражатися в різних формах); тоді як ознака є характеристикою конкретної одиничної речі [13, с. 75–76]. Однак і формальна рівність, і свобода і справедливість є найважливішими правовими цінностями, що лежать в основі будь-якого, навіть найбільш недосконалого, договору. Відсутність у них статусу властивостей договору не означає, що вони не несуть у собі потужний ціннісний потенціал.

Важливо підкреслити, що специфіка традиційного розуміння договору полягає в тому, що він припускає незалежність сторін одна від одної. Водночас варто відзначити, що, мабуть, єдиний непорушний принцип договірного права, який навряд чи можна поставити під сумнів з урахуванням сучасного правового розвитку, – це взаємна юридична відповідальність сторін. Визнання цієї правової цінності в теорії правового контрактивізму неминуче приводить до затвердження тієї інституційної структури, яка покликана узгоджувати інтереси учасників договору, а за необхідності – застосовувати засоби правового примусу. Тут ідеться про правосуддя як найважливішу правову цінність, що дозволяє не тільки врегулювати конфлікти між договірними суб'єктами, а й стверджує принцип верховенства права як такого особливого стану справедливості, коли сторони самостійно визначають межі її порушень.

Таким чином, становлення теорії правового контрактивізму вимагає розробки системи правових цінностей, що існують у контексті примату договору в механізмі дії права, спрямованого на встановлення координаційних, рамкових правил поведінки. Договірна проблематика в правовій сфері сьогодні повинна стати центральною ланкою під час вирішення питань про природу, систему й реалізацію найважливіших правових цінностей сучасного суспільства.

Як зазначає М. Орзіх, доповнення сутнісно-змістової характеристики правових явищ їх аксіологічного характеристикою не тільки дозволяє розширити методологію юридичних досліджень, а й включити в загальний юридичний світогляд ті зрізи правової реальності, які раніше були незримі

[14, с. 84]. Дійсно, аксіологічний погляд на властивості договору дає зовсім іншу, більш глибоку й цілісну, картину його соціального призначення.

У зв'язку із цим найважливішою властивістю договору виступає його дистрибутивність, яка в історії правової думки знайшла своє вираження насамперед у договірній теорії права. Визнання універсальності договору як єдиної підстави легітимності існуючої правової системи, як зазначав О. Гьоффе, наводить на думку про те, що цінності існують не тільки як колективні дискурси, а також як канали розподілу благ [15, с. 111]. Дистрибутивність договору означає його націленість на загальність визнання цінностей у контексті локального та глобального дискурсів. Наприклад, на рівні приватного права дистрибутивність договору виражається в його обопільності, а на рівні публічного права – засобом визнання тих чи інших цінностей.

Ще одна важлива властивість договору, що дозволяє йому виступати одним із найбільш значущих компонентів правової реальності, – це конвенціональність, яка стає ключовою характеристикою сучасного права. Саме завдяки договору люди самі творять для себе право. При цьому те право, яке твориться фізичними та юридичними особами з власної волі й інтересу шляхом укладення договорів, і є в повному розумінні цього слова приватним правом. Постійне розширення сфери приватного права й посилення його ролі в правовій системі наводить на думку про те, що цивілізм, про який писав В. Нерсесянц [16], можливий лише в договірній формі. Тут свобода, рівність і справедливість як фундаментальні аксіологічні характеристики права знаходять індивідуалізовану форму, втілюються в конкретних правових актах і відносинах.

Нарешті, така властивість договору, як його інтегративність, тобто включеність одночасно в декілька загальносоціальних дискурсів, дозволяє йому діяти в контексті різних ціннісно-нормативних систем. Зв'язок договору з моральною сферою, що яскраво продемонстрував М. Алексєєв [2, с. 90–91], виражається в тому, що в правовій сфері договір виступає специфічним оформленням обіцянки, причому договір та обіцянку об'єднує спільна ціннісна мотивація; відрізняються лише форми. У контексті релігії договору все більшою мірою надається значення як найважливішому елементу соціального буття людини. Сучасні релігійні філософи стверджують, що будь-яке слово зобов'язує, незалежно від того, чи є воно обіцянкою, клятвою або договором, і кожне порушення слова має розглядатися як гріх. Єдина онтологія гріха, невиконання обіцянки й порушення договору підкреслює їх єдину соціальну цінність.

Таким чином, договір існує як правове явище, яке характеризується дистрибутивністю в розподілі цінностей, конвенціональних у їх формуванні, та інтегративністю в їх захисті. Єдність цих властивостей забезпечує його соціальну цінність як найважливішого компонента правового життя сучасного суспільства.

Висновки. Антропологія й аксіологія як дві фундаментальні методологічні підстави сучасного правового дискурсу зумовлюють пошук нових

моделей осягнення правової реальності. Правовий контрактивізм, сформований і мислимий як такий аспект правової реальності, що пронизує всі її компоненти й рівні, втілює в собі як основні ідеї юридичної антропології (договір як засіб формування неофіційного права, сформованого на основі компромісного визнання свободи й відповідальності), так і правової аксіології (властивості договору, зокрема дистрибутивність, конвенціональність, інтегративність, виступають одночасно ключовими аспектами його ціннісного представлення). Це дозволяє говорити про правовий контрактивізм як складову загальнотеоретичної юриспруденції, яка відповідає вимогам і тенденціям сучасної доби та дозволяє розкрити ті фундаментальні підстави права, які знаходяться за межами його догматичного розуміння.

Література

1. Варга Ч. Філософія права, теорія права і майбутнє теоретико-правової думки / Ч. Варга // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 116–130.
2. Алексеев Н. Основы философии права / Н. Алексеев. – СПб. : Лань, 1999. – 256 с.
3. Горобец К. Реальность права как методологическая проблема / К. Горобец // Розвиток методології сучасної юриспруденції : матер. Третьої міжнар. наук. конф. / відп. ред. Ю.М. Оборотов. – О. : Фенікс, 2013. – С. 89–92.
4. Поляков А. Коммуникативно-феноменологическая концепция права / А. Поляков // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. – Х. : Б. в., 2013. – С. 94–126.
5. Рулан Н. Юридическая антропология / Н. Рулан ; пер. с франц. ; отв. ред. В. Нерсесянц. – М. : Норма, 2000. – 310 с.
6. Law and Legal Cultures in the 21 the Century. Diversity and Unity (Plenary lectures) / ed. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach. – Warsaw : Oficyna, 2007. – 212 p.
7. Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / Б. Таманага ; пер. з англ. А. Іщенка. – К. : Києво-Могилянська академія, 2007. – 208 с.
8. Малыга В. Свобода и ответственность в антропологическом измерении / В. Малыга, К. Хахулина // Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників восьмого Міжнар. круглого столу (м. Львів, 7–8 грудня 2012 р.). – Л. : Галицький друкар, 2013. – С. 275–285.
9. Честнов И. Актуальные проблемы теории государства и права : [учебное пособие] / И. Честнов. – СПб. : ИВЭСЭП ; Знание, 2004. – 63 с.
10. Сидоренко О. Догма права у сучасній юриспруденції: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. Сидоренко : Національний університет «Одеська юридична академія». – О., 2013. – 21 с.
11. Казанцев М. К вопросу об общей теории правового договора / М. Казанцев // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. – Екатеринбург, 1999. – Вып. 1. – С. 179–296.
12. Погребняк С. Договір: загальнотеоретичне розуміння / С. Погребняк // Вісник Національної академії правових наук України. – 2011. – № 4(67). – С. 17–28.
13. Уемов А. Вещи, свойства, отношения / А. Уемов. – М. : Издательство Академии наук СССР, 1963. – 184 с.
14. Орзих М. Личность и право / М. Орзих. – О. : Юрид. л-ра, 2005. – 312 с.
15. Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хёффе. – М. : Гнозис ; Редакционно-издательская группа «Логос», 1994. – 346 с.
16. Нерсесянц В. Манифест о цивилизме (Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости) / В. Нерсесянц. – М. : ИГИП РАН, 2000. – 59 с.

Анотація

Юдін З. М. **Антропологічні й аксіологічні детермінанти правового контрактивізму.** – Стаття.

У статті розглядаються методологічні аспекти використання юридичної антропології й аксіології під час формування основоположних ідей правового контрактивізму. З точки зору антропології показано, що договір формує особливу сферу неофіційного права. Аксіологічний підхід використовується для обґрунтування системи властивостей договору в сучасному праві.

Ключові слова: правовий контрактивізм, договір, юридична антропологія, правова аксіологія, методологія права.

Аннотация

Юдин З. М. **Антропологические и аксиологические детерминанты правового контрактивизма.** – Статья.

В статье рассматриваются методологические аспекты использования юридической антропологии и аксиологии при формировании основных идей правового контрактивизма. С точки зрения антропологии показано, что договор формирует особую сферу неофициального права. Аксиологический подход используется для обоснования системы свойств договора в современном праве.

Ключевые слова: правовой контрактивизм, договор, юридическая антропология, правовая аксиология, методология права.

Summary

Yudin Z. M. **Anthropological and axiological determinants of legal contractivism.** – Article.

The article deals with the methodological aspects of the use of legal anthropology and axiology in forming the fundamental ideas of legal contractivism. From the perspective of anthropology it is showed that contracts create a special sphere of informal law. Axiological approach is used to study the system of the features of contracts in modern law.

Key words: legal contractivism, contract, legal anthropology, legal axiology, methodology of law.

УДК 347.91/.95

В. І. Бобрик

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ОПТИМІЗАЦІЇ ЦИВІЛІСТИЧНОГО СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми (актуальність теми). Як відомо, ефективність цивільного судочинства визначається його завданнями та метою, закріпленими у ст. 1 ЦПК, тобто тим, наскільки суди своєчасно, справедливо та безсторонньо розглядають і вирішують цивільні справи і якою мірою вони захищають порушені, невизнані або оспорювані права та інтереси учасників цивільних правовідносин. Однак найчастіше цивільне судочинство неефективне через перевантажені формальностями процесуальні процедури, які не дозволяють у більшості випадків своєчасно і правильно вирішити цивільно-правовий спір і в разі необхідності захистити порушене право. А тому воно потребує оптимізації: уніфікації, спрощення, диференціації судових процедур тощо. Тому і в наукових колах не припиняють обговорюватися проблеми спрощення цивільного процесу, введення нових, більш ефективних процедур, які мають забезпечити нову якість судочинства [1, с. 11]. Як справедливо зауважив академік О.Д. Крупчан, розгляд і вирішення кожної цивільної справи має здійснюватися судом при мінімально допустимих витратах процесуальних засобів і в найкоротші, але разом із тим розумні строки [2, с. 6]. Отже, задля досягнення мети судочинства процесуальне законодавство має закріплювати оптимальний правовий механізм відправлення правосуддя. Одним із напрямів удосконалення судочинства в Україні є його оптимізація, здійснення якої має ґрунтуватися на розумінні її змісту і функцій.

Аналіз останніх публікацій. Питання оптимізації цивільного судочинства взагалі, проблеми уніфікації та диференціації судових процедур у цивільному процесі як напрями оптимізації останнього розглядали в своїх роботах такі українські та російські вчені-процесуалісти, як: В.В. Баранкова, С.С. Бичкова, С.В. Васильєв, Є.В. Васьковський, Н.А. Громошина, К.В. Гусаров, В.В. Комаров, Д.Д. Луспеник, П.І. Радченко, Н.О. Рассахатська, Н.Ю. Сакара, О.В. Слепченко, І.В. Удальцова, А.О. Ференс-Сороцький,

© Бобрик В. І., 2014

С.Я. Фурса, К.А. Царєгородцева, М.Й. Штефан, В.В. Ярков та інші. Причому якщо російські вчені-процесуалісти досліджують зазначені питання вже на дисертаційному рівні, то українські – лише на рівні наукових публікацій і колективних монографій і лише стосовно вдосконалення певних процесуальних інститутів. Відсутність комплексних теоретичних концепцій подальшого розвитку цивільного процесу, спрямованих на покращення судочинства в цивільних справах в цілому, невідповідність встановленого порядку розгляду і вирішення цивільних справ завданням цивільного судочинства обумовлює необхідність визначення загальних напрямів оптимізації цивільного судочинства через удосконалення процесуального порядку, уніфікацію, диференціацію та спрощення судових процедур, обґрунтування нових підходів до шляхів вирішення цих питань, що має ґрунтуватися на глибокому розумінні змісту і функцій процесуальної оптимізації цивілістичного судочинства, а також природи процесуальної уніфікації як головного вектора процесуальної оптимізації, з'ясування яких і **ставить за мету наша стаття.**

Виклад основного матеріалу. Для розуміння сутності процесуальної оптимізації цивілістичного судочинства варто насамперед встановити значення слова «оптимізація» (рос. «оптимизация», англ. «optimisation», нім. «Optimierung»). Це слово позначає процес надання будь-чому найвигідніших характеристик, співвідношень. В основі цього слова лежить корінь «оптімум» (лат. «optimum» – найкращий), що позначає сукупність найбільш сприятливих умов [3, с. 190].

Варто наголосити, що проблеми оптимізації судочинства вже неодноразово ставали предметом наукового аналізу. Однак у більшості публікацій із цієї проблематики розглядались лише окремі напрями чи аспекти оптимізації судового процесу. Серед наукових праць, присвячених проблемам оптимізації цивільного процесу, варто відзначити, насамперед, дисертаційну роботу Є.А. Царєгородцевої «Способы оптимизации гражданского судопроизводства» (РФ, Єкатеринбург, 2006 рік), в якій детально розкриті не лише загальні та спеціальні способи оптимізації цивільного судочинства, а і його поняття, принципи, форми. Дослідниця під оптимізацією цивільного судочинства розуміє створення механізму розгляду та вирішення цивільної справи, що надає вибір найкращого шляху досягнення цілей і завдань правосуддя [4, с. 8]. Таке визначення, на наш погляд, вбачається достатньо ємним і таким, що цілком відображає характерні ознаки відповідного поняття. Більш того, на наше переконання, таке визначення після незначної модифікації може позначати оптимізацію судочинства взагалі.

У Великій радянській енциклопедії вказується, що оптимізація – це процес вибору найкращого (оптимального) варіанта з безлічі можливих. Найбільш надійним способом знаходження найкращого варіанту є порівняльна оцінка всіх можливих варіантів (альтернатив). Щоб серед великої кількості варіантів знайти оптимальний, по-перше, потрібна інформація про перевагу різних сполучень значень показників, що характеризують варіанти. По-друге, порівнюючи варіанти, необхідно враховувати різні не-

визначеності, наприклад невизначеність умов, в яких буде реалізований той або інший варіант [5, с. 450].

Досліджуючи питання про оптимізацію процесуальної діяльності суду та учасників процесу потрібно виходити з того, що судочинство в Україні залежно від юрисдикційного органу, який його здійснює, а також його особливостей поділяється на різні види (кримінальне судочинство, цивільне судочинство, господарське судочинство, адміністративне судочинство, третейський процес, процес у міжнародному комерційному арбітражі, конституційне судочинство тощо). Але нами досліджуються лише цивільне, адміністративне та господарське судочинство як види судочинства, що мають спільні історичні корені та істотні спільні риси.

Більшість процесуальних відносин, що складаються при здійсненні цивільного, адміністративного та господарського судочинства, є подібними. Разом із тим на разі в Україні є три галузі законодавства, кожна з яких окремо регулює відповідно цивільний, адміністративний і господарський процес. Основою кожного процесуального законодавства виступає окремий кодифікований законодавчий акт – Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України, Господарський процесуальний кодекс України.

Безумовно, що вказані вітчизняні процесуальні Кодекси закріплюють притаманну кожному відповідному виду судочинства специфіку. Реалії законодавчої діяльності у сфері процесуального законодавства вказують на те, що розвиток процесуального права в Україні здійснюється, насамперед, шляхом диференціації й спеціалізації процесуальних норм та судових проваджень. При цьому спеціалізація багатьох процесуальних норм є зайвою, непотрібною, а її виникнення пов'язане зазвичай із суб'єктивними факторами.

Разом із тим комплексний підхід до оптимізації вказаних видів судочинства в Україні передбачає необхідність їх уніфікації. Термін «уніфікація» (від. лат. unus – один, facio – роблю; об'єднання) позначає приведення до одноманітності, до єдиної форми або системи. У праві поняття «уніфікація» означає діяльність приватних організацій, а також компетентних органів держави або декількох держав, що спрямована на вироблення правових норм, які одноманітно регулюють певні види суспільних відносин [6]. Таким чином, традиційне значення цього поняття зводиться не до загального (універсального, нормативного) характеру правового впливу на суспільні відносини, а до одного з напрямів (способів) правотворчої діяльності.

Здійснення уніфікації права, переважно на міжнародному рівні, не означає неможливість здійснення уніфікації у внутрішньому праві, тобто праві однієї країни. Необхідність у такій уніфікації може виникнути тоді, коли регулювання схожих суспільних відносин різними нормативними актами має відмінності. Саме така ситуація спостерігається зараз в Україні у сфері цивільного, адміністративного і господарського процесуального законодавства. Довгий час, фактично до 2010 року, галузеве процесуальне законодавство розвивалося переважно автономно і незалежно один від одного. Це тільки посилювало його диференціацію в процесуальних кодек-

сах і, зрештою, призвело до роз'єднаності і відсутності збалансованості процесуально-галузевого регулювання, що ускладнює доступ в Україні до правосуддя. Таким чином, диференціація галузевого процесуального законодавства, що регулює подібні процесуальні відносини, породила питання про його уніфікацію.

Норми процесуального права порівняно з нормами матеріального права є більш універсальними, тому їх загальна придатність до уніфікації вище. Внаслідок цього в порядку кожного виду цивілістичного судочинства можуть розглядатися різні за своєю матеріально-правовою природою спори. Основою уніфікованості цивілістичних галузей процесуального права є те, що кожна з них як основна форма розгляду та вирішення спорів незалежно від юрисдикції включає позовне провадження.

Отже, фактично уніфікація видів судочинства здійснюється шляхом уніфікації (приведення до одноманітності) галузей процесуального законодавства.

Уніфікація процесуального законодавства в Україні потрібна для створення єдиних правових основ судочинства, що спростить розуміння та регулювання судового процесу в цілому, а також дозволить виробити загальний, наскільки це можливо, підхід до вирішення основних питань різних видів судочинства.

Безумовно, уніфікація процесуального законодавства може торкатись лише тих процесуальних норм та інститутів, що не закріплюють особливості (специфіку) окремих видів судочинства. Визначення процесуальних норм та інститутів, що можуть бути уніфіковані, в цій роботі, зважаючи на її обмеженість, проводитись не буде, а отже, це питання становить предмет перспективних наукових досліджень.

Потреба в уніфікації процесуального законодавства в Україні виникла у з зв'язку з тим, що для багатьох подібних процесуальних відносин законодавець у процесуальних Кодексах закріпив різні правила. Так, наприклад, порядок і строки апеляційного та касаційного оскарження в цивільному й господарському процесах істотно відрізняються, хоча особливої потреби в цьому немає.

Про необхідність уніфікації процесуального законодавства України йдеться і в програмних документах, що стосуються судової реформи. Так, у п. 4 розділу IV Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10.05.2006 № 361/2006, зазначається, що уніфікація процедур судового розгляду є важливим напрямом удосконалення судочинства, якщо завдання певного виду процесу не вимагає особливих правил. Також у цьому документі вказується, що необхідно поступово наблизити, а потім взагалі поєднати в одному кодексі норми цивільного та господарського процесів, оскільки між ними немає суттєвих відмінностей, зумовлених специфікою судочинства.

Отже, фактично мова йде про роль цивільного процесуального права як уніфікованого регулятора цивільного і господарського судочинства в Україні. Тобто, мабуть, має існувати єдине цивільне (цивілістичне) процесуальне право як сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини,

що складаються при здійсненні правосуддя в цивільних (цивілістичних) справах у двох її формах: загальноцивільній та господарській (як субсидіарній). Кожна із цих форм буде ґрунтуватися на загальнопозовній формі та мати свої особливості, тобто спеціальні правила розгляду, диференціація яких здійснюватиметься за матеріально-правовим критерієм.

Вбачається, що для уніфікації галузей процесуального права потрібно на основі порівняння способів урегулювання подібних процесуальних відносин та змісту відповідних норм, що закріплені в ЦПК України, КАС України і ГПК України, обрати з них один, оптимальний (найкращий і виправданий практикою) варіант процесуальної поведінки або запропонувати нову оптимальну модель поведінки та одноманітно закріпити відповідну норму у всіх галузевих процесуальних Кодексах. У свою чергу, це вимагає як значної нормотворчої діяльності, так і відповідного наукового обґрунтування.

Процесуальна уніфікація відбувається не тільки як процес посилення загальної однаковості правового регулювання різних видів цивілістичного судочинства. Не менш важлива уніфікація всередині цих судових проваджень, що передбачає уніфікацію на рівні процесуальних інститутів та окремих правових норм. Така уніфікація правового регулювання може мати як загальний, так і окремий (обмежений, спеціальний) характер.

Висновок. Підсумовуючи викладене, варто зауважити, що сучасна законотворча діяльність в Україні спрямована не на загальну уніфікацію цивільного, господарського та адміністративного судочинства, а на уніфікацію їх окремих процедур. Ця тенденція особливо яскраво проявилася при здійсненні так званої «Судової реформи 2010 року», законодавчим втіленням якої стало прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Цим Законом не тільки закріплювалися основні засади судочинства, а й вносилися суттєві зміни в процесуальні кодекси. Аналіз таких законодавчих змін дозволяє стверджувати, що тенденція до уніфікації цивілістичних судових проваджень в Україні утвердилася і чітко простежується не тільки в правовій науці, а й у правотворчості.

Література

1. Позовне провадження : монографія / В. В. Комаров, Д. Д. Луспеник, П. І. Радченко та ін. ; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – 552 с.
2. Проблеми оптимізації цивільного процесу в сучасних умовах судової реформи : збірник наукових матеріалів круглого столу (с. Залізний Порт, Херсонська обл., 28-29 травня 2010 р.) / за заг. ред. О. Д. Крупчана, В. І. Бобрика. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – 143 с.
3. Краткий словарь иностранных слов : словарь / [сост. С. М. Локшина]. – 4-е изд., испр. – М. : Русский язык, 1974. – 351 с.
4. Царегородцева Е. А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства : Іис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.15 «Цивільний процес; арбітражний процес» / Е. А. Царегородцева. – Екатеринбург : РГБ, 2006. – 236 с.
5. Большая советская энциклопедия : в 30 т. / [гл. ред. А. М. Прохоров]. – 3-е изд.. – М. : Советская энциклопедия, 1969-1978. – Том 18 «Никко – Отолиты», 1974. – 632 с.
6. Унификация: Википедия [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org/wiki

Анотація

Бобрик В. І. **Теоретико-правові основи процесуальної оптимізації цивілістичного судочинства.** – Стаття.

У статті викладаються окремі положення подальшого розвитку цивільного процесу, спрямовані на покращення судочинства в цивільних справах у цілому, забезпечення відповідності встановленого порядку розгляду і вирішення цивільних справ завданням і цілям цивільного судочинства. Визначаються загальні напрями оптимізації цивільного судочинства через удосконалення процесуального порядку та використання процесуальної уніфікації. Наводяться нові підходи до шляхів вирішення вказаних питань, що має ґрунтуватися на глибокому розумінні змісту і функцій процесуальної оптимізації цивілістичного судочинства, а також природи процесуальної уніфікації як головного вектора процесуальної оптимізації.

Ключові слова: правосуддя, цивілістичне судочинство, процесуальне законодавство, процесуальна оптимізація, уніфікація.

Аннотация

Бобрик В. И. **Теоретико-правовые основы процессуальной оптимизации цивилистического судопроизводства.** – Статья.

В статье излагаются отдельные положения дальнейшего развития гражданского процесса, направленные на улучшение судопроизводства по гражданским делам в целом, обеспечение соответствия установленного порядка рассмотрения и разрешения гражданских дел задачам и целям гражданского судопроизводства. Определяются общие направления оптимизации гражданского судопроизводства посредством совершенствования процессуального порядка и использования процессуальной унификации. Приводятся новые подходы к путям решения указанных вопросов, что должно основываться на глубоком понимании содержания и функций процессуальной оптимизации цивилистического судопроизводства, а также природы процессуальной унификации как главного вектора процессуальной оптимизации.

Ключевые слова: правосудие, цивилистическое судопроизводство, процессуальное законодательство, процессуальная оптимизация, унификация.

Summary

Bobryk V. I. **Theoretical and legal fundamentals of the process optimization in the civil proceedings.** – Article.

The article presents certain provisions of the further development of civil procedure, directed on the improvement of the civil cases proceedings in general, ensuring compliance with the established procedure for the consideration and resolution of civil cases with objectives and purposes of civil proceedings. Determine the general directions of optimization of civil proceedings by improving the procedural order and application of procedural unification. The Article provides new approaches of solving mentioned issues, which should be based on a deeply understanding of the content and functions of the procedural optimization in civil justice, and also the character of the procedural unification as the main course of procedural optimization.

Key words: justice, civil law proceedings, procedural law, process optimization, unification.

УДК 343.1(477):65.012.8

М. М. Перепелиця

ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ПРОТИДІЯ СЕРІЙНИМ УБИВСТВАМ, ВЧИНЮВАНИМ СЕКСУАЛЬНИМИ МАНІЯКАМИ

Вчинення серійних сексуальних убивств на сьогодні є досить рідким і водночас одним із найстрашніших явищ, яке потребує комплексної протидії з боку правоохоронних органів. Широковідомими професійному загалу є справи Ткача, Кузьменка («Елвіса») тощо, слідство за якими велося в Україні. Однак це негативне явище притаманне не лише нашій країні. Зокрема, 14 січня 2015 року Іркутський обласний суд Російської Федерації засудив колишнього правоохоронця Попкова, звинуваченого у вбивстві 22 жінок у м. Ангарську, до пожиттєвого ув'язнення. Загальновідомими є подібні випадки в Сполучених Штатах Америки (Гейсі, Дамер, Банді).

Розпізнання серійних сексуальних убивць, а також виявлення й попередження вчинюваних ними злочинів є досить складними завданнями. Складність при цьому полягає не стільки у виявленні самого факту злочину, скільки у встановленні серійності відповідних дій. Тому правоохоронним органам нерідко доводиться застосовувати нетрадиційні методи для боротьби з таким злом. У цьому сенсі можна назвати використання технічних (спеціалізованого програмного забезпечення), юридичних (криміналістичних, кримінологічних та оперативно-розшукових методів), психологічних (психологічного портретування), медичних (знання особливостей психіатричних відхилень) та інших знань.

Дослідженням питань оперативно-розшукової протидії серійним сексуальним убивствам займалася низка зарубіжних і вітчизняних фахівців. Серед них заслуговують на увагу роботи Н.А. Аверіної, О.В. Александренка, А.І. Даоркіна, О.В. Синєокого, С.М. Синявського, А.І. Скрипнікова та інших учених. Водночас комплексні дослідження оперативно-розшукової діяльності щодо сексуальних маніяків проводяться вкрай рідко.

Для того щоб окреслити відповідні дії оперативних підрозділів у досліджуваній сфері, потрібно визначитися з базовою термінологією.

У всьому світі вже не одне десятиріччя сперечаються щодо змісту поняття «серійне вбивство». Не вдаючись до глибокої полеміки, відзначимо,

© Перепелиця М. М., 2014

що одним з останніх його визначень на теренах колишнього СРСР є тлумачення Є.С. Крюкової, яка, провівши достатньо ґрунтовний аналіз змісту цього терміна, розуміє під ним позбавлення життя двох і більше осіб, вчинене із часовим інтервалом між епізодами, в умовах неочевидності, з прямим умислом однією особою (рідше – групою осіб за попередньою змовою), яке характеризується схожою мотивацією та отриманням насолоди від вчиненого злочину [1, с. 100].

О.А. Логунова, провівши дослідження відповідного зарубіжного й російського досвіду вивчення серійних сексуальних убивств, зауважує, що вчені доходять висновку про неоднорідність здійснюваних серійними сексуальними вбивцями злочинів, пов'язану з різноманітністю мотивів, які перебувають в основі їх кримінальної поведінки. При цьому ефективність боротьби правоохоронних органів із серійними сексуальними вбивствами багато в чому визначається своєчасним вирішенням завдань щодо виявлення конкретної серії злочинів, пов'язаним із встановленням у групі досліджуваних кримінальних діянь ознак, що свідчать про можливе їх здійснення однією й тією ж особою (ознак серійності). На серійність вказує однорідність криміналістичних характеристик злочинів – особливості жертв, часу, місця, способу й знаряддя здійснення злочинного діяння тощо [2, с. 15, 16].

За мотиваційною детермінацією кримінальної поведінки виділяють такі групи сексуальних серійних убивць:

– «ситуативні злочинці» (недостатня соціальна зумовленість базових мотивів);

– «сексуальні маніяки» (мотиваційні відхилення, що полягають у неадекватній фіксації сексуальної потреби на садистському заподіянні страждання партнерові);

– «силовики» (фіксація насильницького способу задоволення статевої потреби в самоствердженні);

– «шукачі розваг» (пошук розваг, не стільки заради задоволення статевої потреби, скільки з бажання принизити жертву, показати свою владу над нею, а опосередковано – над іншими жінками, заповнити свій вільний час розвагами) [3, с. 87].

Найбільш небезпечними серед наведених видів убивць є сексуальні маніяки. Вчинені ними вбивства, як правило, здійснюються з особливою жорстокістю, а виявлення вказаних осіб є надто складним через їх продуману поведінку.

Наприклад, маніяк Ткач ніколи не залишав слідів на тілах своїх жертв, він знімав і них усі предмети одягу й взуття, на яких могли б залишитися відбитки його пальців, а також стирав сліди сперми. Дівчат Ткач зазвичай висліджував поблизу залізничного полотна й автострад, справедливо вважаючи, що колишні колеги-правоохоронці запідозрять у вчиненні злочину якогось далекобійника або приїжджого. З місця злочину повертався не коліями, а шпалами, оскільки в цьому разі службові собаки не могли взяти слід [4].

Протидія сексуальними маніяками правоохоронним органам є одним з елементів оперативно-розшукової характеристики вчинюваних маніяками злочинів. Досить часто таких осіб виявляють випадково, а їх затримання є результатом збігу обставин. Більше того, за цією категорією злочинів достатньо часто трапляються випадки, коли підозрюваний під впливом працівників правоохоронних органів або з інших причин обмовляє себе. Саме тому за цими злочинами спостерігається достатньо велика кількість несправедливо засуджених. Як правило, така ситуація трапляється, якщо правоохоронцям не вдалося виокремити серію з масиву кримінальних подій (убивства, «нещасні випадки», безвісне зникнення, нерозкриті напади тощо). А тому кожен випадок правоохоронці намагаються «підігнати» під усталені «лекала», що призводить до негативних наслідків.

Як зауважує із цього приводу М.І. Кольцов, за підозрою в одному з убивств, вчинених Чикатилом, було затримано якогось Кравченка, який за декілька років до цього вчинив аналогічний злочин – зґвалтував та вбив дитину. Кравченка засудили до виключної міри (розстрілу) і привели її в дію. Лише дванадцять років по тому Чикатило зізнався в здійсненні цього злочину. Такий випадок помилки слідства й упередженості суду є не єдиним. За злочини, вчинені вітебським маніяком Міхасевічем, засудили 14 осіб, які не мали жодного стосунку до злочинів. Одного з них розстріляли, інший у камері наклав на себе руки, третій безвинно відсидів у в'язниці десять років [5, с. 328]. Такі ж випадки траплялися в сучасній Україні [6], нерідко вчасне виявлення й попередження серійних убивств не здійснювалося через банальну недбалість оперативних працівників або слідчих.

О.В. Александренко розділяє недоліки, допущені під час розслідування серійних сексуальних убивств у різні роки, на такі групи:

1) пов'язані з неякісним проведенням перевірки підозрюваних у скоєнні цих злочинів;

2) пов'язані з неправильною оцінкою наявних у справі фактів і доказів [7, с. 182].

У будь-якому разі наведене свідчить, що виявлення, попередження й розслідування злочинів цієї категорії потребує від правоохоронця високої кваліфікації та знань міждисциплінарного характеру.

Вельми корисним під час здійснення оперативного розпізнавання сексуальних маніяків у межах проведення особистого пошуку є знання про їх типову поведінку та психологію.

Як відзначає С.А. Шалгунова, сексуальні маніяки перед вчиненням нападу, як правило, вступають у контакт із майбутньою жертвою. Жертву заманюють до місця вчинення злочину, яке нерідко підшукується заздалегідь. Ці злочинці легко йдуть на контакт із незнайомими особами, справляють на них позитивне враження. Об'єктом нападу обирають осіб, які легше опиняються в їх владі. Деякі зі злочинців під час вибору жертв орієнтуються на певні ознаки, що стали символом. Жертву вони обирають із тієї вікової й соціальної групи, з представниками якої в повсякденному житті їм найлегше налагодити довірче спілкування. Під час вчинення зло-

чину перехід від спілкування до агресивних дій відбувається в період, коли маніяк відчуває, що жертва йому підвладна. Як правило, злочин є добре спланованим, перехід до агресії відбувається в місці, щодо якого маніяк упевнений, що йому ніхто не перешкодить. Крик, благання жертви лише розпалюють його пристрасть. Жертва позбавляється життя болісним чином. Страждання жертви – основний зміст такого вбивства, його мотив. Припинити вбивства маніяки не можуть. Для катувань і позбавлення життя вбивця використовує спеціально призначені знаряддя: скальпелі, ножі, мотузки, ремені тощо. На відміну від представників «ситуативного» типу, маніяки вчиняють злочин тверезими, діють логічно й раціонально. У них немає дефектів прогнозування, вони завжди досить повно враховують усі обставини під час вчинення злочину, добре орієнтуються в ситуації, зберігають обережність. Після вчинення вбивства злочинці цього типу прагнуть замаскувати труп, «прибрати» місце злочину [3, с. 89–91].

Розглядаючи «феномен Чикатило», І.Н. Маркіна у своїй роботі наголошує, що за результатами аналізу 32 клінічних випадків цей феномен сягає дитинства та внутрішньосімейних стосунків, у яких культивувалося жорстоке поводження. Діти зростали в структурно або функціонально неповних сім'ях, в умовах придушення самостійності та особистісного приниження. Мати здебільшого була владною, тиранічною жінкою, яка, як правило, відчувала щодо своїх дітей приховане або явне емоційне відторгнення. Батька можна поділити на два основні типи: перший – принижений і підлесливий у суспільстві й на роботі та деспот і тиран у сім'ї; другий – активний, діяльний на роботі та такий, що принижується, «виштовхується» на другі-треті ролі в родині (насамперед у вирішенні економічних проблем і вихованні дітей). Проте в обох випадках батько був суперечливою особою. Характерним для «феномена Чикатило» є присутність подібних взаємин у сім'ї в декількох поколіннях, так звана «естафета» сімейного сценарію. При цьому слід зазначити, що відштовхування матір'ю дитини (включаючи «завуальовані» форми) формує в останньої дифузний страх і підвищену тривожність, які за відсутності компенсуючих впливів можуть перерости в страх смерті [8, с. 122].

На перший погляд може здатися, що подібні особи є психічно хворими, тому найімовірніше перебувають на психіатричному обліку. Водночас оперативному працівнику під час оперативного розпізнавання не слід концентрувати надмірну увагу на пошуку маніяка серед хворих осіб. Відповідний стереотип часто закладається в нас також через перегляд кінофільмів. Як справедливо зауважує із цього приводу В.А. Колотаєв, насправді хворі вчиняють злочини набагато рідше, ніж у фільмах. Кіно відтворює поширені страхи, мимоволі показуючи й причину цих страхів [9, с. 48]. Це підтверджується також правозастосовною практикою, адже більшість сексуальних маніяків психіатрична експертиза не визнала хворими.

Якщо оперативному працівнику вдасться виявити серійність у певному ланцюжку злочинів, важливо пам'ятати: для того щоб спрогнозувати можливий час наступного злочину, потрібно володіти якомога точнішою

інформацією про час вчинення вбивств серії. Крім того, ця інформація знадобиться в подальшому для перевірки алібі підозрюваних [10, с. 24].

Важливе значення має тривалість вчинення злочину. На відміну від корисливого злочинця, який діє в ситуації із жорстким дефіцитом часу, сексуальний убивця, намагаючись якомога скоріше сховатися, може годинами проводити маніпуляції із жертвою, її трупом, а тому довго знаходитись на місці злочину [11, с. 122].

Аналіз кольорової гамми майна, вилученого злочинцем під час нападу, дозволяє припустити наявність у розшукуваного стабільних і нестабільних особистісних характеристик. Відповідно, мова йде про аналіз кольорової гамми всього викраденого майна [12, с. 33].

Організація оперативно-розшукової діяльності щодо серійних убивств, вчинених сексуальними маніяками, має свої особливості. Вона визначається тим, що, крім залучення психолога як спеціаліста, за цією категорією злочинів корисним є створення оперативно-пошукових груп, використання додаткового інформаційно-аналітичного забезпечення.

Істотну допомогу в збиранні відповідної інформації може бути отримано від інших оперативних підрозділів. Виконуючи доручені завдання, їх працівники виявляють і накопичують також відомості про осіб, які мають відхилення в сексуальній сфері, різних фактах аморальної поведінки [13, с. 14].

Загальний комплекс відповідних заходів може включати такі елементи:

– оперативне розпізнання в складі оперативно-пошукових груп;

– застосування приманки (обирається з урахуванням особливостей жертв сексуального маніяка);

– дослідження матеріалів щодо безвісно зниклих осіб із вибором серед них таких, які за географічним розташуванням і зовнішніми ознаками могли стати жертвами серійного вбивці;

– вибірка за паспортними даними категорій осіб, які мешкають у районі оперативного пошуку;

– комплекс заходів щодо відпрацювання автотранспорту на предмет наявності слідів крові (так можна виявити або розкрити навіть інші злочини);

– своєчасне виявлення підозрілих осіб через опитування в дитячих освітніх закладах, лікарнях, банях тощо;

– спостереження за місцем події та похоронами жертв маніяка (маніяка Ткача впізнали саме на похороні однієї із жертв);

– виявлення й вилучення зразків для порівняльного дослідження;

– використання нетрадиційних методів (наприклад, О.В. Синєокий пропонує із цією метою застосовувати поліграф і гіпноз [14, с. 413, 415]).

Н.А. Аверіна та А.І. Скрипінков, розглядаючи особливості оперативно-розшукової діяльності за серійними вбивствами, наголошують, що в разі вчинення відповідного злочину потрібно негайно провести позачергові зустрічі з конфідентами із числа тих, які проживають або працюють у межах приблизної території, де передбачуваний злочинець міг знаходитися

безпосередньо перед вчиненням злочину або відразу після нього. Є позитивний досвід використання результатів розвідувального пошуку в місцях концентрації неповнолітніх із застосуванням відеотехніки. При цьому під час перегляду отриманих відеозаписів потерпілими й свідками упізнавалися злочинці, які вчинили серії розпусних дій щодо підлітків [15, с. 34, 39]. Таким чином, було б корисним у майбутньому обладнати великі дитячі майданчики камерами відеоспостереження.

У цілому превентивна діяльність оперативних підрозділів щодо досліджуваної категорії злочинів становить особливу складність. Як відмічає І.Н. Маркіна, навряд чи можна говорити про профілактику серійних сексуальних убивств, доки не буде встановлено всі причини їх появи [16, с. 120].

Водночас, застосовуючи технічні й математичні знання, можна певною мірою вплинути на це явище. Цікавою із цієї точки зору вважаємо роботу американських учених М. Симкіна та В. Ройчоудхурі «Стохастичне моделювання серійного вбивці». У цій праці вони доводять на прикладі дій серійного маніяка Чикатила, що його дії вкладаються в математичну функцію «бісова драбина», графік якої виглядає як драбина з нерівними східцями. Математики також дійшли висновку, що ймовірність вчинення нового вбивства є набагато вищою після нещодавно вчиненого злочину та меншою, якщо вже сплинуло багато часу [17].

Крім наведеної роботи, існує також ціла низка інших напрацювань щодо застосування інформаційно-аналітичного забезпечення в боротьбі із серійними вбивствами.

Наприклад, заслуговують на підтримку пропозиції дослідників щодо створення бази даних психологічних і географічних профілів серійних убивць [18, с. 356], на підставі аналізу яких можна звузити коло осіб, що становлять оперативний інтерес, та більш раціонально провести відповідні оперативно-розшукові заходи. Відмітимо, що в США вже діє «Комп'ютеризована система інформації про вбивства», заснована на технології нейромереж, яка дозволяє вибирати й класифікувати схожі злочини, що можуть бути вчиненими одним і тим же правопорушником. Програма дозволяє виводити на екран розподіл злочинів на мапі з вказівкою кордонів, які відділяють райони схожих злочинів, що можуть бути вчиненими однією особою. Також програма дозволяє створити приблизний психологічний портрет злочинця. Дослідники вважають, що система є ефективною для пошуку серійних убивць [19, с. 92].

О.В. Синєокий підтримує ідею створення спеціалізованої служби ранньої діагностики сексуальних аномалій, до завдань якої мають належати блокування кримінальних імпульсів усередині самої особи (психотерапія, фармакогенний і медикаментозний влив, нейрохірургія) та блокування самої особи (стаціонарне лікування в закритих медичних закладах) [20, с. 37].

Таким чином, з огляду на особливий характер серійних убивств, вчинюваних сексуальними маніяками, їх підвищену суспільну небезпечність і суспільний резонанс, який викликають такі злочини, у Міністерстві внутрішніх справ України доцільно було б покласти додаткову відповідаль-

ність на аналітичні підрозділи щодо пошуку ознак серійності в масиві зареєстрованих кримінальних подій. За результатами вказаного аналізу мають формуватися відповідні слідчо-оперативні групи, до складу яких повинні включатися найбільш кваліфіковані працівники, за можливості такі, що вже мають успішний досвід протидії серійним сексуальним убивствам.

Література

1. Крюкова Е.С. Криминалистический взгляд на понятие «серийное убийство» / Е.С. Крюкова // Юридический вестник ДГУ. – 2013. – № 2. – С. 93–102.
2. Логунова О.А. Применение знаний о личности и поведении серийных сексуальных убийц в правоохранительной деятельности (обзор зарубежного и отечественного опыта) / О.А. Логунова // Психологическая наука и образование. – 2011. – № 1. – С. 10–20.
3. Шалгунова С.А. Типологія серійних сексуальних злочинців: «ситуативний», «сексуальний маніяк», «силовик» / С.А. Шалгунова // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – Вип. 4(47). – С. 86–97.
4. На Украине «пологовский маньяк», убивший 36 женщин, сел за решетку пожизненно [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.newsru.com/crime/23dec2008/pologchikasentlife.html.
5. Кольцов М.И. Серийные убийства в истории советского и российского уголовного правоприменения / М.И. Кольцов // Вестник Тамбовского университета. Серия «Гуманитарные науки». – 2013. – № 1(117). – С. 325–330.
6. Корчинский А.А. Приговор для маньяка Элвиса: эксклюзивные подробности дел / А.А. Корчинский [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.segodnya.ua/criminal/prihovor-dlja-manjaka-elvica-ekckljuzivnye-podrobnocti-dela.html.
7. Александренко О.В. Проблемні питання розкриття та розслідування серійних сексуальних вбивств (аналіз літературних джерел) / О.В. Александренко // Юридична наука. – 2011. – № 1(1). – С. 181–186.
8. Маркина И.Н. Особенности внутрисемейного воспитания как фактор становления личности серийного сексуального убийцы / И.Н. Маркина // Вестник Владимирского юридического института. – 2010. – № 3. – С. 121–124.
9. Колотаев В.А. Безумие и агрессия в фильмах о маньяках: образ внутреннего безумия / В.А. Колтаев // Артикульт. – 2013. – № 4(12). – С. 47–55.
10. Горбулинская И.Н. Использование специальных знаний при определении времени совершения серийных убийств / И.Н. Горбулинская // Сборник материалов криминалистических чтений. – 2011. – № 7. – С. 23–24.
11. Кирюхин Д.А. Теоретические проблемы криминалистической характеристики серийных сексуальных убийств / Д.А. Кирюхин // Известия Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена. – 2008. – № 61. – С. 120–123.
12. Горбулинская И.Н. Особенности выдвижения версий в ходе расследования серийных убийств / И.Н. Горбулинская // Сборник материалов криминалистических чтений. – 2014. – № 10. – С. 31–35.
13. Варданян А.В. Некоторые проблемы раскрытия и расследования тяжких преступлений против личности, совершенных по сексуальным мотивам / А.В. Варданян // Юристъ-Правоведъ. – 2010. – № 4. – С. 11–15.
14. Синєокий О.В. Організаційно-правові й медико-психологічні особливості одержання оперативної інформації спеціалізованою слідчо-оперативною групою з розслідування серійних сексуальних убивств за допомогою поліграфу та під гіпнозом / О.В. Синєокий // Вісник Донецького національного університету. Серія «Економіка і право». – 2008. – Вип. 2. – С. 411–419.
15. Аверина Н.А. Раскрытие серийных преступлений против личности и убийств, совершенных по найму : [учеб.-метод. пособие] / Н.А. Аверина, А.И. Скрыпников. – М. : ВНИИ МВД России, 1998. – 56 с.
16. Маркина И.Н. Актуальные вопросы профилактики и предупреждения серийных сексуальных убийств / И.Н. Маркина // Вестник Владимирского юридического института. – 2012. – № 1. – С. 116–120.

17. Simkin M.V. Stochastic modeling of a serial killer / M.V. Simkin, V.P. Roychowdhury [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1201/1201.2458.pdf.
18. Яковчук С.В. Проблеми створення і використання системи обліків для розкриття та розслідування серійних убивств / С.В. Яковчук // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією: теорія і практика. – 2012. – Вип. 1. – С. 351–358.
19. Вязовец Р.Н. Использование информационных технологий в борьбе с преступностью / Р.Н. Вязовец // Труд и социальные отношения. – 2010. – № 10. – С. 92–96.
20. Синеокий О.В. Мониторинг транснациональной сексуальной агрессии / О.В. Синеокий // Психопедагогика в правоохранительных органах. – 2009. – № 3. – С. 35–39.

Анотація

Перепелиця М. М. **Оперативно-розшукова протидія серійним убивствам, вчинюваним сексуальними маніяками.** – Стаття.

У статті проаналізовано особливості оперативно-розшукової протидії серійним убивствам, які вчиняються сексуальними маніяками. Наведено визначення серійного вбивства та класифікацію осіб, які їх вчиняють. Охарактеризовано типову поведінку сексуальних маніяків, надано їх психологічний портрет. Запропоновано комплекс заходів, які потрібно вживати оперативним підрозділам для протидії серійним убивствам. Проаналізовано відповідні попереджувальні механізми оперативно-розшукового характеру. Обґрунтовано потребу в додаткових функціях аналітичних підрозділів щодо протидії серійним сексуальним убивствам.

Ключові слова: серійне вбивство, сексуальний маніяк, оперативно-розшукова діяльність, попередження, правоохоронні органи.

Аннотация

Перепелица Н. Н. **Оперативно-розыскное противодействие серийным убийствам, совершаемым сексуальными маньяками.** – Статья.

В статье проанализированы особенности оперативно-розыскного противодействия серийным убийствам, совершаемым сексуальными маньяками. Приведены определение серийного убийства и классификация лиц, которые их совершают. Охарактеризовано типичное поведение сексуальных маньяков, приведен их психологический портрет. Предложен комплекс мероприятий, которые необходимо осуществлять оперативным подразделениям для противодействия серийным убийствам. Проанализированы соответствующие предупредительные механизмы оперативно-розыскного характера. Обоснована потребность в дополнительных функциях аналитических подразделений по противодействию серийным сексуальным убийствам.

Ключевые слова: серийное убийство, сексуальный маньяк, оперативно-розыскная деятельность, предупреждение, правоохранительные органы.

Summary

Perepelytsia M. M. **Operative and search counteraction to serial murders committed by sexual maniacs.** – Article.

In the article features are analyzed of operatively-search counteraction of serial murders, committed by sexual maniacs. The meaning of serial murder and classification of persons which are committed them is resulted. The typical conduct of sexual maniacs, their psychological portrait, is described. The complex of measures which must be carried out by operative subdivisions for counteraction of serial murders is offered. The proper preventive mechanisms of operatively-search character are analyzed. The necessity of additional functions for analytical subdivisions is grounded on counteraction of serial sexual murders.

Key words: serial murder, sexual maniac, special investigation activity, prevention, law enforcement.

УДК 340.155.8+342.41

Т. С. Подорожна

КОНСТИТУЦІЯ ЯК СТРУКТУРНИЙ ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В МАТЕРІАЛЬНОМУ ТА ФОРМАЛЬНОМУ ЗНАЧЕННЯХ

Незважаючи на те, що прийняття Конституції України [3] стало одним із кульмінаційних моментів у визначенні основних напрямів розвитку нашої держави, сучасна українська правова система перебуває на стадії становлення, триває пошук і формування її нової концепції в аспекті оновлення Основного Закону України. Сучасна оптимальна модель правової системи покликана істотно впливати на характер необхідних суспільних змін, сприяти гуманізації держави й права, удосконаленню законодавчого процесу, підвищенню ефективності правового регулювання, формуванню високої суспільної та індивідуальної правосвідомості. Безперечно, правова система є одним із важливих засобів забезпечення прогресивного розвитку політичної й соціальної стабільності, цілісності конкретного суспільства. Тому сучасні процеси демократизації суспільства вимагають більш зваженого та реалістичного погляду на основи розвитку правової системи, зокрема й конституційних засад її основних компонентів.

Сьогодні ми бачимо, що для створення правової держави важливу роль відіграє саме Конституція України. Наявність тісного органічного взаємозв'язку правової системи з конституційною та іншими сферами суспільства дає змогу розкрити місце, роль і функціональне призначення конституційних норм у складі правової системи щодо регулювання суспільних відносин на сучасному етапі розвитку демократичного суспільства, адже саме Конституція України як її Основний Закон органічно увійшла в культуру українського народу, надала цій культурі внутрішнього змісту, ідейного сенсу, концептуального стрижня. Із цих позицій практична значущість конституційних засад у правовій системі держави є досить очевидною. По-перше, науковий інтерес до феномена конституції зумовлюється методологічним переосмисленням суті такого закону як соціальної інституції та її провідної ролі в усіх сферах життя суспільства. По-друге, принципи організації й функціонування правової системи, а відповідно, і правового

© Подорожна Т. С., 2014

регулювання, є суспільно значущими та сповна відображаються в конституції. По-третє, загальновідомо, що формування сучасних правових систем відбувалося під безперечним впливом конституційних норм як базових елементів формування правосвідомості населення (вплив конституції на правову систему) [8, с. 186]. Отже, пізнання конституційних засад правової системи, дослідження джерел, інститутів і принципів конституційного права дає нам змогу краще переосмислити сутність права та правової системи загалом.

Принагідно зазначимо, що правова система є складним і багатоаспектним поняттям, яке містить цілий комплекс складних частин, здійснює потужний нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини. Елементи правової системи об'єднуються спільною метою, завданнями, виконують певні загальні або специфічні, властиві лише їм функції, перебуваючи при цьому в логічному взаємозв'язку [16, с. 690–691].

Проблеми становлення, формування й функціонування правової системи стали предметом дослідження багатьох українських учених, зокрема М. Козюбри, В. Копєйчикова, Л. Луць, І. Настасяк, Н. Оніщенко, М. Орзіха, Ю. Оборотова, Н. Пархоменко, П. Рабіновича, С. Рабіновича, О. Скакун, Ю. Шемшученка та інших. У працях цих науковців проаналізовано сутність, структуру, функції правової системи, систему права й законодавства, значення юридичної практики, механізм правового регулювання, правову культуру та правосвідомість як елементи правової системи. При цьому виявляються різні підходи до розуміння терміна «правова система», до характеристики підсистем і компонентів правової системи. Проте у вітчизняній науковій юридичній літературі недостатньо уваги приділено дослідженню взаємодії конституційних норм і правової системи щодо регулювання суспільних відносин. За таких умов виникає потреба в науковому аналізі конституції як складового елемента системи права, а отже, і правової системи. Цю проблему потрібно розглянути в двох аспектах, тобто проаналізувати конституцію *як структурний елемент правової системи в матеріальному та у формальному значенні. Отже, конституційні норми, з одного боку, є чинниками, що визначають зміст права, правової системи, а з іншого – формою зовнішнього вираження правил поведінки.*

Загалом правова система – це один із різновидів соціальної системи; вона тісно пов'язана з явищами та процесами, які відбуваються у сфері економіки, політики, культури, релігії, ідеології тощо. До того ж правова система кожної держави має свою специфіку, структуру, мету, формується у визначений історичний час, у конкретному регіоні, характеризується національними особливостями, специфікою в суспільствах із різними віруваннями, має різні види джерел права.

У літературі пропонується визначати правову систему як сукупність внутрішньо узгоджених, взаємопов'язаних, соціально однорідних юридичних засобів, за допомогою яких держава здійснює нормативно-організуючий вплив на суспільні відносини (закріплення, регулювання, охорону, захист) [1, с. 227–228].

На переконання О. Скакун, правова система – це зумовлений об'єктивними закономірностями розвитку суспільства цілісний комплекс взаємозалежних і погоджених спеціальних та загальних засобів правового впливу на суспільні відносини, які постійно відтворюють і використовують люди та їхні організації (держава) як суб'єкти права для досягнення приватних і публічних цілей, забезпечення правопорядку [12, с. 300]. Слушною є також думка Н. Оніщенко, що правова система як різновид соціальних систем постає єдністю відповідних її компонентів, які зумовлюються способом об'єднання між собою та залежно від природи й характеру зв'язку між ними утворюють відносно стабільну організацію [7, с. 32].

Конкретизуючи елементний склад правової системи, М. Матузов називає такі елементи цієї організації:

1) право як сукупність створюваних та охоронюваних державою норм;
2) законодавство як форму вираження цих норм (джерела права);
3) правові установи, на основі яких здійснюється правова політика держави;
4) судову та іншу юридичну практику;
5) механізм правового регулювання;
6) правореалізаційний процес;
7) права, свободи та обов'язки громадян;
8) систему правовідносин, що складаються й функціонують у суспільстві;
9) законність і правопорядок;
10) правову ідеологію (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правову культуру тощо);
11) суб'єктів права;
12) системоутворювальні зв'язки, що забезпечують єдність, цілісність і стабільність системи;
13) інші правові явища (юридичну відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус тощо), які утворюють своєрідну «інфраструктуру» правової системи [13, с. 7–9].

На нашу думку, такий широкий підхід найповніше характеризує правову систему як складне, цілісне структурне утворення в єдності всіх його складників: системи права, правової політики, правової ідеології, зокрема системи норм та інститутів, принципів, юридичних установ, правосвідомості, правової культури та правопорядку. У зв'язку із цим слушною є позиція В. Синюкова, який визначає правову систему як соціальну організацію, що охоплює також основні компоненти національної правової культури [11, с. 165].

У вітчизняній і зарубіжній правовій науці існують різні підходи до визначення елементів правової системи, співвідношення права й правової системи. Тому істотного значення набуває вибір критерію чіткого розподілу всіх наявних елементів правової системи з метою виділення християнських норм в елементному складі правової системи. Узагальнюючи різні погляди щодо елементного складу структури правової системи, зазначимо,

що кожна із цих частин має свій структурний склад, власні принципи організації та діяльності. Конституційні норми й принципи, що регулюють відносини між суб'єктами права, об'єктивовані та систематизовані в нормативні акти, входять до складу нормативної (регулятивної) підсистеми правової системи. За допомогою конституційних норм як загальних правил поведінки реалізується потреба суспільства в затвердженні нормативних начал існування й розвитку правової держави, дотриманні режиму законності. Конституційна правосвідомість як різновид загальної свідомості разом із правовою свідомістю, правовою культурою, праворозумінням, на наше переконання, має визнаватися структурним елементом ідеологічного складника правової системи. Водночас правові й конституційні норми потрібно розглядати не лише як різновид соціальних норм, а й як основний елемент правової системи (як зміст нормативних актів).

Конституційні норми тісно пов'язуються із системою джерел права, виступають джерелами права, формують його внутрішній зміст або розглядаються як чинник розвитку права. Через систему джерел права як структурного елемента системи права можна дослідити та визначити місце конституційних норм у складі правової системи, адже система права є структурним елементом організаційно-правової системи.

Вважаємо, що залежно від форм співвіднесення конституційних норм із джерелами права тієї чи тієї правової системи, їхнього взаємозв'язку та взаємовпливу по-різному буде вирішуватися питання про місце конституційних норм у тій чи іншій правовій системі. *Вплив конституційних норм на позитивне право, а також на правову систему країни може відбуватися двома шляхами: прямим і непрямим*. Прямий вплив полягає в тому, що поруч із позитивними поглядами й догмами (доктринами) створюється ідеологічна основа сучасної правової системи країни, конституційний фундамент правотворчості, а в окремих випадках – правозастосовної та правоохоронної діяльності державних органів. *Держава й право, безперечно, мають свою традиційну конституційну основу, адже саме конституція є тим інститутом, який характеризує державу та відтворює рівень правової культури нації*.

Непрямий вплив конституційного права на правову систему – це вплив підсистеми конституційного права на позитивне право з огляду на існування й функціонування конституційних норм. Існування конституційних засад і позитивного права як регуляторів суспільних відносин (в окремих випадках – тотожних), одночасне вирішення ними загальнозначущих проблем та виникнення між ними колізій, безперечно, негативно позначаються на характері, змісті, шляхах і формах їх взаємозв'язків і взаємодії.

Справді, конституційні норми й правова система формуються в об'єктивних умовах та взаємодіють. Тому конституційні норми впливають на правосвідомість, формують уявлення членів суспільства про їхні права й обов'язки, про належний правопорядок. І навпаки, рівень розвитку правової системи впливає на конституційні норми, визначає практику їх застосування в інтересах суб'єктів права щодо реалізації останніми своїх

інтересів, зумовлюючи характер правореалізації, нормотворчої діяльності, механізм правового регулювання тощо. Однозначний імперативний вплив конституційних норм та інститутів на правову систему й одночасне визнання їх правовою основою в регулюванні суспільних відносин підтверджується встановленим статусом конституції держави.

Тобто *конституційні норми виступають найважливішими регуляторами різноманітних суспільних відносин, чинниками формування всіх інших правових норм, ставлення індивідів до правових інститутів і вияву протиправної чи правомірної поведінки. За допомогою конституційних норм формується правова ідеологія, яка у свою чергу формує культурний, правосвідомий і цивілізований тип людини.* Ідеї, традиції та окремі інститути конституційного права відображаються майже в усіх сферах сучасної правової системи; догми Конституції України не лише містяться в основі значної частини сучасного вітчизняного законодавства, а й значно впливають на процес розробки та прийняття нормативно-правових актів. Таким чином конституційні норми набувають повноцінного статусу основних (базових) джерел права.

Система конституційних норм у правовій системі має двоєдину природу: з одного боку, означені норми вирізняються своїми індивідуальними особливостями, а з іншого – ці особливості набувають специфічних ознак у результаті впливу на них усіх елементів правової системи. Особливості конституційних норм, а також специфіка їхнього впливу визнаються чинниками виникнення й розвитку правової системи, що пояснюють і розкривають природу самої правової системи. Тобто конституційні норми є визначальними щодо правової системи, активно впливають на класифікацію її структурних елементів. Крім того, конституційні норми слід розглядати як загальновизнані правила поведінки суб'єктів суспільних відносин, у яких закріплюються сформовані уявлення про роль права в суспільстві, природу права, а також організацію й функціонування правової системи. Тобто конституційні норми можна розглядати як елементи культурної спадщини, що зберігаються в суспільстві, визначають і закріплюють соціальні цінності та поведінку суб'єктів упродовж тривалого часу.

Однак система конституційних норм має підпорядкований характер щодо правової системи, яка формує, перетворює їх і розвиває відповідно до своєї внутрішньої природи, мети й завдань. Конституційні норми як специфічна категорія виражають не лише вказівку на форму вираження правових норм, а й ознаки, що слугують підставою визнання того чи іншого правила поведінки нормативним приписом (відповідність норм права нормам Конституції України). Існування конституційних норм викликане об'єктивно наявним різноманіттям потреб та інтересів суб'єктів суспільних відносин, необхідністю їх узгодження й відповідного врегулювання. Ці норми постають *первинними елементами правової системи.*

У цьому аспекті, визнаючи конституцію центральним елементом, ядром правової системи, варто зауважити, що призначення її багато в чому визначається та пов'язується з процесом конституціоналізації правової сис-

теми. Важливе значення в цьому процесі мають конституційні принципи, які вирізняються нормативним характером. Їх роль О. Лучин описує так: «Вони акумулюють, узагальнюють найважливіші, соціально значущі явища й процеси матеріального й духовного життя суспільства, дають їм оцінку та вводять їх у межі прийнятих у державі нормативів» [4, с. 48]. Конституційні принципи якнайтісніше пов'язуються з регулюванням суспільних відносин, впливають на всю правову систему та діють саме як правові принципи, якими зобов'язані керуватися всі правотворчі й правозастосовні органи, усі громадяни, посадові особи та громадські об'єднання. Конституція дає імпульс, а також встановлює принципи розвитку галузевого законодавства, зумовлюючи тим самим законотворчу й правозастосовну стратегію в ньому. Конституційні принципи повною мірою володіють властивостями нормативно-правового регулятора суспільних відносин, «їх сила зумовлюється ставленням до них суспільства» [18, с. 25–26]. Отже, конституція покликана скеровувати в правильному напрямі суспільні процеси, а орієнтиром для цього слугують її нормативно встановлені цілі щодо забезпечення належного правопорядку.

Безперечно, у процесі функціонування правова система зазнає впливу багатьох чинників (як об'єктивних, так і суб'єктивних), які простежуються в суспільстві на конкретному етапі його розвитку. У цьому контексті варто зазначити, що особлива природа конституції полягає в тому, що вона є юридично узаконеним балансом інтересів усіх соціальних груп. Конституція сприяє усуненню відповідних колізій за допомогою специфічного конституційного впливу на всі сфери суспільних відносин, виступаючи механізмом узгодження приватноправових і публічно-правових інтересів. Зокрема, відомий український учений А. Селіванов стверджує: «Якщо шлях конституційної модернізації буде сприйнятий суспільством як діалог із владою <...> то це буде надійною запорукою стратегічної згоди в суспільній свідомості» [10, с. 31]. Зі свого боку зауважимо, що саме конституціоналізація повинна гарантувати, щоб публічна влада в будь-якому зі своїх проявів здійснювалася на основі критеріїв раціональності й пропорційності, такими засобами, які передбачають мінімально обмежене втручання в процес реалізації основних прав людини [19, с. 62]. Конституція містить базову логіку взаємин особи із суспільством та державою, будучи інструментом для подолання соціальних і політичних криз, тому забезпечує необхідний для здійснення перетворень рівень стабільності суспільних відносин.

З огляду на впровадження норм Конституції України в структурні елементи української правової системи є неодмінною умовою проведення модернізаційних перетворень. Конституційні норми повинні пронизувати всі елементи правової системи держави. Для цього важливо, щоб не лише було введено положення Конституції України в поточне законодавство, а й створено умови для прямої дії конституційних норм і застосування їх у різних сферах правового життя.

Досліджуючи місце конституційних норм у правовій системі, слід також пам'ятати про природу цього соціального явища, адже характерні риси

конституційних норм визначаються їхнім місцем і роллю в правовій системі держави. Відповідно, подальший розвиток системи конституційних норм визначається загальним розвитком правової системи, відіграючи при цьому основоположну роль. Основні принципи побудови правової системи визначають зміст, структуру й призначення в суспільстві норм конституції. Розвиток конституційних норм відповідно до закономірностей розвитку правової системи надає їм цілісності, упорядкованості, системності. Необхідно зазначити, що конституційні норми є нормативною основою правової системи, їхній зміст характеризує сутність усієї правової системи в конкретній державі, її правової політики й ідеології. Отже, конституційні норми є для правової системи *системоутворювальним елементом,* її основою.

Як уже зазначалося, серед універсальних конституційних цінностей є цінності свободи, прав людини, рівності всіх перед законом, соціальної справедливості. Норми конституції діють безпосередньо, тим самим слугуючи своєрідним стимулом для подальшого розвитку й удосконалення правової системи загалом та кожного її елемента. Більше того, *у конституції немає власного механізму реалізації, ним є вся правова система, усі елементи, що входять до її складу.* Процес реалізації норм конституції держави має багаторівневий характер, у зв'язку із чим не лише елементи правової системи, а й різноманітні зв'язки між ними прямо чи побічно є причетними до реалізації конституційних положень і принципів. Особливого значення в цьому сенсі, на думку А. Селіванова, набуває «взаємозв'язок і прояв тенденцій безпосереднього впливу правової політики на формування законодавства третього покоління» [9, с. 4].

Сьогодні ж *конституційно-правова* політика держави в її ідеологічному, теоретичному й практичному вимірах, на жаль, характеризується незбалансованістю, певною нерозвиненістю. Причиною цього є те, що в сучасних соціально-правових умовах лише відбувається становлення стратегії конституційно-правового розвитку суспільства, усвідомлення можливостей інтеграції потенціалу громадянського суспільства та органів державної влади на основі визнання прав і свобод людини й громадянина, принципів гуманної та правової держави. Із цього приводу О. Малько слушно зазначає, що серед галузевих видів правової політики дедалі помітнішою стає конституційно-правова політика [5, с. 136], за ступенем своєї злободенності дедалі більше висуваючись на перший план серед решти різновидів правової політики. Вона має особливий статус, відіграє важливу роль у житті суспільства. Її цінність сьогодні різко зростає також тому, що назріває необхідність конституційно-правової модернізації, потрібні істотні зміни в змісті та основних напрямах цього виду політики [5, с. 118].

Ю. Тихомиров, докладно розглядаючи грані співвідношення конституції та законодавства, доходить такого висновку: «Загалом положення конституції в правовій системі реалізуються дуже слабко, що ускладнює формування правильних співвідношень між конституцією й іншими правовими актами та породжує численні відступи й порушення конституційних норм» [15, с. 198].

Принагідно зазначимо, що серед ключових функцій будь-якої демократичної правової держави, до яких належить також Україна, є соціальна й економічна функції, відповідно до яких держава покликана створити умови, що забезпечують гідне життя й вільний розвиток людини. Так, О. Щербанюк стверджує: «Будь-яка правова система має на меті захист людини і, відповідно, закріплення за нею певних прав. Отже, вища точка її розвитку – правова конституційна держава, у якій принцип дотримання прав людини найбільш послідовно реалізується в політичній практиці» [17, с. 291]. Справді, Конституція України закріпила за нашою вітчизною статус соціальної держави, відповідно, гарантується свобода економічної діяльності та визнається й захищається різноманіття форм власності. За цих умов поява програм із розвитку й реалізації пріоритетних національних проектів стала досягненням сучасної України в галузі виконання своєї соціальної функції. В. Іваненко зауважує: «Якщо правова держава є формою обмеження влади правами й свободами людини, то соціальна держава, навпаки, – це форми обтяження влади правами й свободами людини» [2, с. 27]. У соціальній державі економіка, політика, ідеологія, законодавство, правозастосовна практика та інші сфери суспільного життя ґрунтуються на загальнолюдських моральних принципах соціальної справедливості, рівності й суспільної солідарності, спрямовуються на створення умов, необхідних для гідного життя й вільного розвитку кожної людини, коли конституційно закріплені й гарантовані основні економічні та соціальні права й свободи людини, соціальні обов'язки держави перед суспільством і людиною реально забезпечуються та дотримуються.

У ст. 1 Конституції України визначено, що Україна є соціальною державою. Одним із найважливіших напрямів її правової політики визначено створення правової системи, яка повинна відповідати принципам демократичної держави та здоровому громадянському суспільству. Отже, проголошені в Конституції України цілі соціальної політики держави зумовлюють її обов'язок піклуватися про добробут громадян, їх соціальну захищеність. Обов'язки соціальної держави пов'язані не лише з охороною праці та здоров'я людей, встановленням гарантованого мінімального розміру оплати праці, а й із забезпеченням державної підтримки сім'ї, материнства, батьківства й дитинства, інвалідів і літніх громадян, розвитком системи соціальних служб, встановленням державних пенсій, допомог та інших гарантій соціального захисту. Тому розвиток системи соціального забезпечення як складової частини соціального захисту населення – це необхідна умова здійснення цілей соціальної держави. Значення соціальних прав людини важко переоцінити. Вони є важливою частиною конституційного статусу особи. Система соціального забезпечення в правовій державі повинна враховувати особисті особливості суб'єкта права вже на стадії конкретної реалізації правових критеріїв і принципів, що є запорукою успішного функціонування правової системи держави.

Оскільки конституція є нічим іншим, як результатом політичного процесу, а політичні чинники істотно впливають на конституційний процес, то

саме конституційно-правова політика має значний вплив на розвиток усієї правової системи України та є запорукою її успішного функціонування. Як зауважує академік Ю. Шемшученко, Конституція України є системоутворювальним чинником конституційного права й національної правової системи в цілому. Саме в цьому полягає сутність конституціоналізації вітчизняного законодавства в процесі його розвитку. Ідеться фактично про оптимальне втілення в актах чинного законодавства конституційних положень, удосконалення цього законодавства на принципах чинної Конституції України [14, с. 3]. У зв'язку із цим проблема співвідношення правової системи та конституції набуває чіткого розв'язання: правова система є не лише чіткою умовою появи конституції держави як відображення певної ідеальної форми цієї системи, а й чинником, який визначає раціональність її практичної реалізації, що забезпечує формування реальної конституційної держави. З огляду на це, на нашу думку, важливо переосмислити та глибоко дослідити значення конституційних норм для побудови правової системи держави. Це дасть змогу науково спрогнозувати тенденції розвитку правової системи, способи вдосконалення механізму соціально-правового регулювання. Застосування конституційних норм як засобу конструювання й розуміння права також дозволить на теоретичному рівні вірогідно визначити та відтворити системоутворювальні елементи формування правової системи.

Незважаючи на те, що сьогодні українська правова система, як зауважує О. Мартиш, «знаходиться як свідомо, так і підсвідомо в пошуках тих орієнтирів, які могли б зняти соціально-психологічну напругу в суспільстві» [6, с. 9], конституційні засади розвитку правової системи активно впливатимуть на формування новітнього праворозуміння, виступатимуть істинними критеріями оцінювання поведінки, багатоманітної діяльності людей в умовах досі перехідного періоду, який характеризується об'єктивними й суб'єктивними труднощами на шляху України до справедливої демократії, загального прогресу держави та побудови ефективної правової системи.

Література

1. Васильев А. Теория права и государства / А. Васильев. – Х. : Одиссей, 2006. – 480 с.
2. Иваненко В. Социальные права человека и социальные обязанности государства / В. Иваненко, В. Иваненко. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. – 404 с.
3. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.
4. Лучин О. Конституция Российской Федерации: проблемы реализации / О. Лучин. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2002. – 688 с.
5. Малько А. Правовая политика в условиях правовой реформы в современной России / А. Малько // Правовая политика России: теория и практика : [монография] / под ред. Н. Матузова и А. Малько. – М. : ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2006. – С. 110–140.
6. Мартыш О. Нравственные основы теории государства и права / О. Мартыш // Государство и право. – 2005. – № 7. – С. 5–12.
7. Оніщенко Н. Правова культура особи в контексті конституційного розвитку (реальний стан та програмні цілі) / Н. Оніщенко, С. Береза // Віче. – 2011. – № 19. – С. 30–32.

8. Подорожна Т. Теоретико-прикладні засади конституціоналізації правової системи та модернізації Конституції України : [монографія] / Т. Подорожна ; за ред., передм. Н. Пархоменко. – Львів : ПАІС, 2014. – 308 с.
9. Селіванов А. Правова політика і законодавство України (постановка проблеми) / А. Селіванов // Голос України. – 2013. – 11 січня. – № 6(5506). – С. 4.
10. Селіванов А. Конституційні проблеми в сучасній теорії права: доктрина стабільності та охорони Конституції України в контексті її модернізації та ефективного конституційного правосуддя / А. Селіванов. – К. : Логос, 2012. – 152 с.
11. Синюков В. Российская правовая система / В. Синюков. – Саратов : Полиграфист, 1994. – 496 с.
12. Скакун О. Теорія права і держави : [підручник] / О. Скакун. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – 704 с.
13. Тацій В. Правова система України: час змін / В. Тацій // Право України. – 2012. – № 1/2. – С. 8–14.
14. Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України : [монографія] / за ред. Ю. Шемшученка, Н. Пархоменко. – К. : Юридична думка, 2013. – 308 с.
15. Тихомиров Ю. Коллизионное право / Ю. Тихомиров. – М. : Норма, 2000. – 394 с.
16. Шемшученко Ю. Правова система / Ю. Шемшученко, Н. Оніщенко // Великий юридичний енциклопедичний словник / за ред. Ю. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2007. – С. 690–691.
17. Щербанюк О. Проблема реалізації народного суверенітету в умовах конституційної модернізації / О. Щербанюк // Право України. – 2012. – № 9. – С. 291–301.
18. The Constitution in 2020 / ed. by J.M. Balkin, R.B. Siegel. – New York : Oxford University Press, 2009. – 355 p.
19. The Twilight of Constitutionalism? / ed. by P. Dobner and M. Loughlin. – New York : Oxford University Press, 2010. – 164 p.

Анотація

Подорожна Т. С. **Конституція як структурний елемент правової системи в матеріальному та формальному значеннях.** – Стаття.

Статтю присвячено науковому аналізу конституції як складового елемента правової системи. Наголошено, що конституцію як структурний елемент правової системи потрібно розглядати в двох аспектах: у матеріальному та у формальному значенні.

Ключові слова: конституція, конституціоналізація, правова система, система права, система законодавства, правопорядок.

Аннотация

Подорожная Т. С. **Конституция как структурный элемент правовой системы в материальном и формальном смысле.** – Статья.

Статья посвящена научному анализу конституции как составного элемента правовой системы. Отмечено, что конституцию как структурный элемент правовой системы необходимо рассматривать в двух аспектах: в материальном и в формальном смысле.

Ключевые слова: конституция, конституционализация, правовая система, система права, система законодательства, правопорядок.

Summary

Podorozhna T. S. **Constitution as a structural element of the legal system in the formal and material values.** – Article.

The article is dedicated to scientific analysis of the constitution as an integral part of the legal system. Noting that the constitution as a structural element of the legal system should be considered in two aspects: the material and formal sense.

Key words: constitution, constitutionalization, legal system, system of law, law and order.

УДК 340.1

Л. М. Добробог

ІНКОРПОРАЦІЯ ТА КОНСОЛІДАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЯК ФОРМИ ЙОГО СИСТЕМАТИЗАЦІЇ

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями. Як показує практика правозастосування, національне законодавство не завжди ефективно реалізується, що пояснюється низкою причин, до однієї з яких належить значна кількість нормативно-правових актів, які регулюють відповідну сферу суспільних відносин (наприклад, екологічні відносини, аграрні відносини та ін.). За таких умов неабиякого значення набуває питання систематизації законодавства як важливого фактору його вдосконалення, що у свою чергу сприяє розбудові України як соціальної, правової держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальнотеоретичні аспекти систематизації законодавства розглядались у роботах А. Абрамової, С. Бошно, Р. Васильєва, О. Венгерова, Н. Колдаєвой, В. Платонова, В. Сивицького та інших.

Окремі аспекти систематизації законодавства висвітлені в роботах І. Биля, Ж. Дзейко, Т. Кашаніної, О. Копиленка, С. Лисенкова, С. Кравченка, О. Михайленка, О. Мурашина, М. Ралдугіна, В. Степаняна та інших.

Однак варто зазначити, що юридичною наукою переважно досліджується саме систематизація нормативно-правових актів, а питання окремих її форм залишаються малодослідженими.

Мета дослідження – висвітлення змісту, сутності і значення таких форм систематизації законодавства, як інкорпорація та консолідація.

Виклад основного матеріалу. У сучасній юридичній практиці відомі та використовуються чотири способи систематизації нормативно-правових актів: збір державними органами, юридичними особами нормативних актів, необхідних для їх діяльності; видання різного роду збірників законів та підзаконних нормативних актів; об'єднання сукупності актів з одного чи декількох пов'язаних питань в один акт; створення нового акта – кодексу, зводу тощо – шляхом переопрацювання чинних норм права, а також доповнення їх новими нормативними приписами [1, с. 219].

© Добробог Л. М., 2014

Відповідно до вказаних способів у юриспруденції виокремлюють такі форми систематизації законодавства: облік; інкорпорація; консолідація; кодифікація.

Інкорпорація – це форма систематизації законодавства за допомогою об'єднання нормативних актів певного рівня (журнали, збірки) без внесення змін в їх вміст (за винятком внесених законодавцем змін і доповнень) у певному порядку (хронологічному, алфавітному, системно-наочному) [2, с. 339].

Інкорпорація законодавства тісно пов'язана з його обліком, оскільки ґрунтується на максимально повній сукупності нормативно-правових актів і пошуковій системі, яка забезпечує знаходження необхідних нормативних актів, адже для проведення інкорпорації передусім необхідно підготувати перелік актів, які підлягають такій систематизації і які ввійдуть у збірку. Так, наприклад, при інкорпорації екологічного законодавства необхідно скласти список із законів та підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють суспільні відносини у сфері охорони навколишнього природного середовища і раціонального використання природних ресурсів.

Інкорпорація полягає лише у «зовнішньому опрацюванні» нормативно-правових актів і здійснюється за певним критерієм.

Форма систематизації, що розглядається, може охоплювати все законодавство за певним предметом регулювання – тоді вона називається генеральною, а може стосуватися лише його частини – і тоді вона буде називатися спеціальною (або галузевою, міжгалузевою).

За юридичним значенням існують такі види інкорпорації, як офіційна і неофіційна. В. Нерсесянц виокремлює ще й офіціозну (напівофіційну) інкорпорацію, що передбачає видання збірок нормативно-правових актів за дорученням суб'єкта правотворчості спеціально уповноваженими на це органами, при цьому суб'єкт правотворчості офіційно не затверджує і не схвалює таку збірку, а тому тексти розміщених у ньому нормативно-правових актів не набувають офіційного характеру.

Неофіційна інкорпорація здійснюється зазвичай юридичними особами для знаходження правової інформації з відповідної сфери діяльності та пов'язаними з нею питаннями, а також фізичними особами за їх ініціативою. Така систематизація не є формою опублікування нормативно-правових актів. Практичне значення неофіційної інкорпорації – довідково-інформаційне. У результаті такої систематизації також створюються збірки законодавства, які зазвичай носять неофіційний характер. У них норми права поєднуються за ознакою їх належності до одного виду діяльності (охорона природи, капітальне будівництво, кадрова робота і т. д.). Окремі нормативно-правові акти включаються як у цілому, так і окремі витяги з них. Такі збірки зазвичай використовуються як юридичні посібники для осіб, які працюють у відповідних державних чи недержавних сферах діяльності [3, с. 198–199].

Офіційна інкорпорація – це підготовка та оприлюднення збірок нормативно-правових актів органами, які їх видали, або спеціально уповноваже-

ними органами. Прикладом такої систематизації є видання з 1996 р. Зібрання «Законів України», яке містить закони, прийняті з липня 1990 р. Видані зібрання не є новими нормативно-правовими актами, а слугують лише способом (формою) опублікування і переопублікування чинних нормативно-правових актів в опрацьованому й упорядкованому вигляді. При цьому здійснюється як зовнішнє, так і змістовне опрацювання актів (врахування внесених суб'єктом правотворчості змін і доповнень).

Протягом дії нормативно-правовий акт може зазнавати змін (окремі положення можуть бути визнані такими, що втратили чинність, інші – змінюватися, можуть бути внесені доповнення), тому доцільно включати в збірку нормативно-правовий акт не в тому вигляді, в якому він був прийнятий, а з урахуванням відповідних коректив.

Таким чином, перед тим як внести нормативно-правовий акт до збірки, необхідно його опрацювати:

1) видалити з тексту окремі статті, пункти, абзаци, які втратили чинність, і, навпаки, додати наступні зміни, доповнення з вказівкою реквізитів акта, якими внесено зміни чи доповнення;

2) виключити з акта ті його частини, які не містять нормативних приписів, зробивши помітку про причини відсутності в тексті таких частин;

3) видалити відомості про осіб, які підписали акт.

Таке зовнішнє опрацювання нормативних актів не зачіпає їх нормативного змісту. Самі норми не зазнають ніяких змін та інкорпоруються в тому вигляді, в якому вони діють на момент систематизації [1, с. 224].

Зауважимо, що з метою забезпечення доступності законодавства України для користування громадянами, підприємствами, установами, організаціями, створення комплексного державного джерела офіційного видання актів законодавства відповідно до Указу Президента України від 22 січня 1996 року № 73/96 визнано за необхідне видавати, починаючи з 1996 року, збірники актів законодавства України й установлено, що до збірників актів законодавства України включаються закони України, постанови Верховної Ради України, укази і розпорядження Президента України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, що мають нормативний характер, нормативні акти міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, які підлягають державній реєстрації [4].

Як правило, проведення інкорпорації передує проведенню консолідації, але так відбувається не завжди. Відомі випадки, коли при здійсненні систематизації законодавства, що регламентує певну сферу діяльності, пропонується спочатку проводити консолідацію, а не інкорпорацію.

Консолідація – це така форма систематизації, яка полягає в об'єднанні декількох нормативно-правових актів, які діють в одній і тій самій сфері суспільних відносин, в єдиний нормативно-правовий акт, як правило, без зміни змісту.

Консолідація являє собою різновид правотворчості державних органів. За цієї форми систематизації не змінюється зміст правового регулювання. Чинні нормативні приписи об'єднуються без змін у новий нормативно-пра-

вовий акт. Проводиться лише певне редагування. Така риса консолідації уподібнює її до інкорпорації. Але, на нашу думку, це окремі різновиди систематизації законодавства. Адже остання є способом організаційно-методичної діяльності, а перша – правотворчої діяльності. До того ж інкорпорація законодавства здійснюється переважно не суб'єктами правотворчості, а іншими державними органами, державними і недержавними підприємствами, установами тощо. А консолідацією займаються суб'єкти правотворчості і щодо прийнятих ними нормативно-правових актів. І, нарешті, результатом інкорпорації є збірка нормативно-правових актів, а консолідації – нормативно-правовий акт.

На думку С.Г. Меленка, консолідація є «самостійним логіко-гносеологічним та ієрархічним видом систематизації нормативно-правових актів, який полягає у впорядкуванні нормативно-правового матеріалу за об'єктом, суб'єктом, предметом та методом правового регулювання, що у свою чергу утворює певну систему правових норм, які можуть об'єднуватися за інституціональною та галузевою ознакою» [5, с. 4].

Консолідація є уніфікацією нормативних актів, усуває їх множину, позбавляє їх від надмірної роздробленості. Ця форма систематизації сприяє об'єднанню загальних положень поточної правотворчості в однорідні групи, є проміжною ланкою між поточною правотворчістю та кодифікацією.

Консолідація є більш складною формою систематизації нормативно-правових актів, ніж інкорпорація. Звісно, консолідація відіграє важливу роль у систематизації законодавства. Як свідчить практика, вона виступає як вища форма систематизації в тих галузях, де немає потреби приймати кодекси, і як обов'язкова передумова прийняття кодексів там, де в цьому є потреба. Позбавляючи законодавство надмірної роздробленості, консолідація тим самим сприяє підвищенню ефективності нормативно-правових актів, що, у свою чергу, дозволяє розвиватися режиму законності і, як наслідок, встановлювати правопорядок у відповідній сфері.

Практика систематизації законодавства шляхом консолідації нормативно-правових актів є поширеною у багатьох державах. Так, саме консолідованими, а не кодифікованими актами є, наприклад, Соціальний кодекс Німеччини, Французькі Кодекс про працю, Кодекс ощадних кас, Дорожній, Сільськогосподарський, Податковий кодекси, Звід законів Сполучених Штатів Америки, Англійські консолідовані статути. В Україні консолідація нормативно-правових актів не практикується, наслідком чого є громіздкість вітчизняного законодавства, повторюваність низки приписів у різних актах [6, с. 320].

Слід зауважити, що науковий погляд, відповідно до якого консолідація розглядається як завершена стадія систематизації нормативно-правових актів у певній сфері суспільних відносин, не повною мірою відображає сутність і мету консолідації як такої. Більш обґрунтованою є позиція правників щодо розуміння значення консолідації як проміжної форми систематизації законодавства. Без консолідації неможливий ефективний процес кодифікації законодавства, тому консолідація виступає як безумовна скла-

дова такого процесу упорядкування нормативно-правових актів. Загалом консолідація та кодифікація за своєю аксіологічно-правовою сутністю є спорідненими явищами правової дійсності.

Як вказує С.Г. Меленко, консолідація і кодифікація «органічно доповнюють одна одну, використовуються одночасно під час проведення систематизаційних робіт і вимагають подальшої розробки та уніфікації як на теоретичному, так і на практичному рівнях. Консолідація є вихідним началом процесу кодифікації, без якого вона стає неможливою. Насамперед, консолідація, утворюючи так звані консолідаційні центри, групує нормативно-правовий матеріал за визначеними ознаками, а саме – за предметом, методом, об'єктом та суб'єктом правового регулювання суспільних відносин. Вона суттєво визначає структуру майбутнього кодифікованого акта, вказує на суперечності, неузгодженості, прогалини та накладки в масиві нормативно-правового матеріалу. У процесі кодифікації проводяться визначені консолідацією зміни та доповнення, і разом із прийняттям вже нового кодифікованого нормативно-правового збірника використані (вихідні) нормативно-правові акти втрачають свою юридичну силу» [5, с. 6].

Для консолідації законодавства характерні такі ознаки:

1) є різновидом правотворчості;

2) консолідація пов'язана з ревізією, оскільки доволі часто виникає необхідність відмінити окремі застарілі положення, щоб не включати їх у консолідований акт;

3) метою консолідації є усунення колізій, множинності нормативних актів, застарілих норм, об'єднання норм, близьких за змістом;

4) консолідований нормативний акт є самостійним джерелом права;

5) при консолідації об'єднуються нормативно-правові акти, що мають один і той самий предмет регулювання;

6) при консолідації об'єднуються приписи рівної предметної сили;

7) зміст правовідносин при консолідації не змінюється;

8) нормативно-правовий акт, що є наслідком консолідації, приймається суб'єктом правотворчості;

9) нормативно-правові акти, що були консолідовані, мають бути визнані такими, що втратили чинність.

Висновки. Таким чином, інкорпорація законодавства, обмежуючись лише зовнішнім опрацюванням нормативно-правових актів, не дозволяє вирішити питання множинності нормативно-правових актів, юридичних колізій тощо. Останні долаються/усуваються за допомогою інших видів систематизації законодавства. Консолідація: 1) є факультативним видом (способом) систематизації законодавства; 2) проводиться переважно у зв'язку зі змінами в державно-правовій та/або економіко-політичній обстановці в державі; 3) як правило, проводиться як передумова кодифікації законодавства; 3) спрямована на усунення множинності нормативно-правових актів та, відповідно, колізій у правовому регулюванні відповідних відносин; 4) здійснюється шляхом прийняття консолідованого нормативного акта.

Література

1. Общая теория права / [Ю.А. Дмитриев, И.Ф. Казьмин, В.В. Лазарев и др.] ; под общ. ред. А.С. Пиголкина. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1998. – 464 с.
2. Мелехин А.В. Теория государства и права: [учеб.] / А. В. Мелехин. – М. : Маркет ДС, 2007. – 524 с.
3. Общая теориия права и государства / под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 584 с.
4. Про видання збірників актів законодавства України. Указ Президента України від 22 січня 1996 року № 73/96 // Урядовий кур'єр. – 1996. – 25 січня.
5. Меленко С.Г. Консолідація як вид систематизації нормативно-правових актів: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / С.Г. Меленко. – К. : Київський національний університет ім.. Т.Г. Шевченка, 2002. – 18 с.
6. Загальна теорія держави і права / за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – 360 с.

Анотація

Добробог Л. М. **Інкорпорація та консолідація законодавства як форми його систематизації.** – Стаття.

У статті розглядаються такі форми систематизації законодавства, як інкорпорація та консолідація. Акцентується увага на їх особливостях. Зазначається, яка форма систематизації нормативно-правових актів найбільш доцільна для досягнення окремих завдань удосконалення законодавства.

Ключові слова: законодавство, інкорпорація законодавства, консолідація законодавства, офіційна інкорпорація, систематизація законодавства.

Аннотация

Добробог Л. М. **Инкорпорация и консолидация законодательства как формы его систематизации.** – Статья.

В статье рассматриваются такие формы систематизации законодательства, как инкорпорация и консолидация. Акцентируется внимание на их особенностях. Отмечается, какая форма систематизации нормативно-правовых актов наиболее целесообразна для достижения отдельных задач совершенствования законодательства.

Ключевые слова: законодательство, инкорпорация законодательства, консолидация законодательства, официальная инкорпорация, систематизация законодательства.

Summary

Dobroboh L. M. **Incorporation and consolidation legislation as a form of its systematization.** – Article.

The article deals with the following forms of systematization of legislation as incorporation and consolidation. Attention is focused on their features. It is noted, which type of systematization of legal acts is the most appropriate in order to achieve certain aims of improvement of legislation.

Key words: legislation, incorporation of legislation, consolidation of legislation, official incorporation, systematization of legislation.

УДК 343.9

Ю. А. Дорохіна

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ БЕЗГОТІВКОВИХ ГРОШЕЙ ЯК ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Відомо, що інститут грошей пройшов тривале становлення, в процесі якого вони набували різних форм. Безготівкові гроші з'явилися порівняно нещодавно, зробивши такий саме переворот, як і поява паперових грошей, що в минулі століття швидко витіснули монети. Внаслідок бурхливого розвитку комп'ютерної техніки незабаром безготівкові гроші зовсім можуть замінити готівку.

Аналіз стану досліджень. Значний внесок у дослідження вказаної проблематики, своєчасність звернення до якої зумовлена зростанням кількості злочинних посягань на гроші у безготівковій формі, зробили такі науковці, як Н.О. Антонюк, О.І. Бойцов, М.П. Бікмурзін, Н.В. Вишнякова, Б.В. Волженкін, Н.О. Лопашенко, П.В. Олійник, О.В. Хабаров, В.В. Хилюта, А.Ю. Швець та ін. При цьому єдиного розуміння поняття «безготівкові гроші» не існує, а до питань, які не дістали однозначного вирішення у кримінально-правовій науці та які суперечливо вирішуються на практиці, належить, зокрема, кримінально-правова оцінка незаконного заволодіння безготівковими грошима.

Метою статті є критичний аналіз здобутків попередніх науковців і, відповідно, продовження розробки та узагальнення доктринальних підходів щодо розуміння правової природи безготівкових грошей, з'ясування особливостей безготівкових грошей як предмета злочинів проти власності.

Виклад основного матеріалу. Встановити природу безготівкових грошей намагаються як фінансисти, так і юристи. Щоправда, думки правників відрізняються від міркувань фінансистів, які обстоюють тезу про інформаційну природу безготівкових грошей; натомість юристи не можуть не зважати на поняття, закріплені в законодавстві (насамперед, цивільному). З положень останнього однозначно випливає, що безготівкові гроші є об'єктом цивільних прав. Проте залишається відкритим питання, чим саме – речами або правом вимоги – варто визнавати гроші у безготівковій

© Дорохіна Ю. А., 2014

формі. Аналіз наукових праць цивілістів і фінансистів дозволяє виокремити три основні концепції (підходи) щодо розуміння правової природи безготівкових грошей:

1) безготівкові гроші – це особлива форма грошей, що має речово-правову природу. На безготівкові гроші на банківських рахунках, як і на інші речі, поширюється право власності їх власника – клієнта банку. Такі нематеріальні символи грошей, як, наприклад, банківський рахунок і, відповідно, безготівкові гроші, є об'єктами речового права. При внесенні готівки до банку та зарахуванні її на рахунок клієнта відбувається не перехід права власності на грошові знаки від вкладника до банку, а зміна форми грошей з готівкової на безготівкову. Безготівкові гроші визнаються юридичною фікцією готівки, передача якої у власність іншій особі юридично прирівнюється до готівкового обігу. Безготівкові гроші є лише символами, які замінили в цивільному обороті готівку без зміни своєї правової природи і без зміни принципів регулювання як об'єктів речових прав [1, с. 44–49; 2, с. 68–72; 3, с. 87];

2) безготівкові гроші є правом вимоги клієнта до банку, яке носить зобов'язальний характер. У клієнта немає права власності на передану банку готівку, оскільки відсутня матеріальна річ, за якою це право може набуватися. При здійсненні різних операцій з безготівковими грошима об'єктами таких операцій є не гроші, а право вимоги до банку щодо здійснення операцій і послуг у межах певної грошової суми, в т.ч. видачі цієї суми клієнтові, тобто право на гроші. На банківському рахунку обліковуються не гроші, а вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів; безготівкові гроші на банківських рахунках не є речами, вони існують у формі записів і становлять собою свідоцтва зобов'язального права щодо вимоги клієнта до банку, зміст якого розкривається чинним законодавством, а також договором банківського рахунку між банком і клієнтом. Під час безготівкових розрахунків відбувається не рух коштів у чистому вигляді, а рух грошових зобов'язань. Безготівкові гроші розглядаються як таблиця реєстрації боргових зобов'язань у грошовій формі однієї сторони перед іншою. Питання, хто є власником коштів, що перебувають на рахунку клієнта банку, позбавлене юридичного сенсу, адже ці кошти мають вигляд не фізично існуючих речей, а записів на рахунках [4, с. 534; 5, с. 138–141; 6, с. 90–100; 7, с. 116–118]. Традиційне уявлення про гроші як про речі в межах наведеного підходу критикується з тих підстав, що матеріальні носії грошей (банкноти, монети) виконують лише облікові функції;

3) безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Ця концепція об'єднує перший і другий підходи, а її прихильники вказують на те, що безготівкові гроші є зобов'язальним правом, яке конструює фікцію речі, внаслідок чого стає можливим застосовувати до цих прав, вважаючи їх речами, режим речового права [8, с. 59; 9, с. 21–30]. З одного боку, безготівкові гроші є зобов'язальним правом (правом вимоги) власника рахунку щодо банку; з іншого (щодо третіх осіб), – вони є засобом розрахунку.

З'ясована неоднозначність правової природи безготівкових грошей не може не ускладнювати вирішення питань кваліфікації незаконного заволодіння такими грошима. У кримінально-правовій літературі з цього питання висловлюються різні точки зору.

Так, окремі фахівці вважають, що у разі незаконного перерахування безготівкових коштів шкода заподіюється зобов'язальним відносинам, у зв'язку з чим безпідставним видається застосування кримінально-правових норм про відповідальність за злочини проти власності [10, с. 162]. Не сприймаючи викладену позицію по суті, водночас зауважимо, що проблема визначення родового об'єкта злочинів, відповідальність за які передбачено Розділом VI «Злочини проти власності» Особливої частини КК України, існує. Річ у тім, що коло відносин, що фактично охоронюються кримінально-правовими нормами, об'єднаними в цей розділ, не обмежується відносинами власності, а тому його назва, на наш погляд, потребує уточнення.

Інші криміналісти, які також є прибічниками концепції зобов'язально-правової природи безготівкових грошей, розглядають їх як право на майно, стверджуючи, що: 1) зобов'язальні права (права вимоги) є майновими правами, відповідно, «правом на майно»; 2) розкрадання безготівкових грошових коштів є неправомірним заволодінням майновими правами зобов'язального характеру; 3) розкрадання є закінченим з моменту зарахування коштів на рахунок винного; 4) шкода заподіюється власникові рахунку [11, с. 21–22; 12, с. 119–120; 13, с. 67]. Щоправда, на думку А.А. Тарасова, такі висновки мають, скоріше, формальний характер і не повною мірою враховують фактичні можливості застосування цивільно-правових норм до кримінально-правових відносин, через що можуть покладатися в основу кваліфікації лише з певними припущеннями [14].

За викладеного підходу злочинні посягання на безготівкові кошти можуть розцінюватись як шахрайство і вимагання, адже у диспозиціях ст. 189 і ст. 190 КК України поряд із майном фігурує і право на майно. Принагідно відзначимо, що нам імпонує позиція тих дослідників (А.Г. Безверхов, О.І. Бойцов, І.А. Клепицький, С.М. Кочої, А.В. Савченко, Ю.Л. Шуляк та ін.), які вважають юридично некоректною тезу про визнання права на майно окремим предметом шахрайства і вимагання, оскільки у разі незаконного придбання права на майно предметом цього злочину проти власності фактично є власне майно.

Викладене вище положення про визнання кримінально караного заволодіння безготівковими грошима набуттям злочинцем права вимоги (зобов'язального права), яке є правом кредитора вимагати від боржника здійснення певних дій (наприклад, право вимагати від банку перерахування грошових коштів), не виглядає безспірним. У процесі незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній не набуває зазначеного права, оскільки діє поза договірними відносинами і поза законом.

З приводу труднощів, які неминуче виникають у разі ототожнення права на майно і безготівкових грошей як зобов'язальних прав (прав вимоги), в літературі звертається увага на такі обставини.

По-перше, тлумачення кримінально-правових норм не дозволяє вважати поняття «право на майно» ідентичним цивільно-правовому поняттю «майнові права». Використання в диспозиціях статей КК двох різних понять – «майно» і «право на майно» – свідчить про те, що під майном законодавець розуміє не право власності, а його об'єкт – речі. Отже, «право на майно» – це право на річ, а не на дії особи.

По-друге, розкрадання безготівкових грошей не можна розглядати як набуття виним зобов'язального права (права вимоги). Суть зобов'язального права була сформульована ще в римському праві і закріплена в ЦК: це право кредитора вимагати від боржника здійснення певних дій. При укладанні договору банківського внеску у клієнта (власника рахунку) виникає право вимагати від банку перерахування і видачі грошових коштів, що знаходяться на рахунку. Це право підтверджується та оформлюється документально, а списання грошових коштів здійснюється на підставі розрахункових документів. Очевидно, до моменту перерахування грошових коштів злочинець не набуває права вимоги. У результаті шахрайства при використанні документів злочинець не стає стороною зобов'язання, оскільки протиправне діяння не є підставою для виникнення прав. Він уводить банк в оману щодо наявності в нього зобов'язального права і вимагає від банку списання грошових коштів з рахунку, не маючи жодних гарантій виконання його незаконних вимог. Своєю чергою, розпорядження на перерахування від власника рахунку є реалізацією його законної вимоги. Проте і після незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній також не набуває зобов'язального права.

По-третє, до моменту виконання банком вимоги злочинця розкрадання не можна вважати закінченим: грошові кошти перебувають у власності банку; відповідно, у злочинця відсутня реальна можливість розпоряджатися грошовими коштами на свій розсуд або користуватися ними як своїми власними. Визначити момент закінчення розкрадання в цьому випадку стає практично неможливим, тому що безготівкові гроші, які знаходяться на рахунку, мають знеособлений характер, і їх неможливо розділити на викрадені та отримані законним шляхом [14].

У науковій літературі [15, с. 29–37] також наводяться чинники, які вказують на речово-правову природу безготівкових грошей: якщо розглянути деякі зобов'язання, пов'язані з переміщенням коштів, стає зрозуміло, що законодавство визнає безготівкові гроші об'єктом права власності.

Так, згідно зі ст. 1046 ЦК України за договором позики позикодавець передає гроші або інші речі іншій стороні у власність. На сьогодні переважна більшість кредитів видається у безготівковій формі. Виникає питання: що у цьому випадку передається у власність? Більш того, якщо кредит надається банком шляхом перерахування коштів на поточний рахунок, який відкрито у цьому самому банку, виходить, що кошти залишилися у власності банку. Таке тлумачення суперечить законодавчому визначенню договору кредиту (позики), на підставі якого відбувається зміна права власності на безготівкові гроші з моменту зарахування грошей на рахунок одержувача.

Якщо визнати, що безготівкові гроші – це лише зобов'язання, при аналізі розрахункових відносин може виникнути низка інших нелогічностей (зокрема, щодо неможливості банку здійснити безготівковий переказ за відсутності у нього самого коштів на кореспондентському рахунку, щодо можливості стягнення коштів, які помилково надійшли на банківський рахунок будь-якої особи, як безпідставного збагачення) [16, с. 97–101].

Нам імпонує підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Вони є фікцією речі, яка має зобов'язальну природу. Для зручності (потреб кваліфікації злочинів) цілком можливо застосовувати до безготівкових грошей режим речового права, визнаючи їх майном. Як відомо, поняття майна, будучи за своєю юридичною природою міжгалузевим, є однією з визначальних цивілістичних категорій. І вирішальне слово у з'ясуванні цього поняття має належати не криміналістам, а цивілістам.

При цьому з положень ЦК України випливає, що гроші визнаються різновидом майна. Під річчю розуміють предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179), а під майном як особливим об'єктом цивільних прав та обов'язків – окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ст. 190). Стаття 192 під назвою «Гроші (грошові кошти)», не диференціюючи останні на готівкові і безготівкові, розміщена в межах глави 13 «Річ. Майно» розділу III «Об'єкти цивільних прав» чинного ЦК України. Отже, ЦК України однозначно зараховує гроші до майна безвідносно до їх готівкової чи безготівкової форми.

Також у п. 24 ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» законодавець закріпив поняття коштів як грошей у національній або іноземній валюті, а вклад (депозит) – як кошти у готівковій або безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору. Згідно зі ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» кошти існують у готівковій (формі грошових знаків) або безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках).

Таким чином, закон розуміє вклад як певну суму коштів. Отже, кошти можуть бути предметом злочину в безготівковій формі (зберігатися на банківському рахунку). Безготівкові грошові кошти є документальними та електронними записами на рахунках у банках.

За таких обставин навряд чи заслуговує на підтримку пропозиція М.П. Бікмурзіна безпосередньо у тексті кримінального закону вказати на те, що під майном як предметом злочинів проти власності слід розуміти, зокрема, безготівкові гроші [17, с. 143, 144, 152]. Викладене і так є очевидним з урахуванням наведених положень регулятивного (цивільного) законодавства. Водночас М.П. Бікмурзін слушно вважає, що охоплення поняттям майна безготівкових коштів дозволяє розцінювати злочинні посягання на

такі кошти як традиційні злочини проти власності, а отже, КК не потребує якихось нових заборон, розрахованих на вказані посягання. Погоджуємось із науковцем і в тому, що реальна можливість розпорядитись безготівковими грошима виникає у винного з моменту зарахування грошей на його банківський рахунок, а в певних випадках – уже в момент обманного списання грошей з рахунку законного власника на рахунок третьої особи (повернення боргу, оплата товарів чи послуг тощо).

Як слушно зазначає Н.В. Вишнякова, на підставі розкриття цивільно-правової природи безготівкових грошей можливі два варіанти вирішення питання про ці гроші як предмет злочинів проти власності: 1) визнавати готівкові і безготівкові гроші майном, що належить особі на праві власності; 2) визнавати готівкові гроші речами, а безготівкові – правом вимоги, що входять до складу майна, що належить особі на праві власності. Обидва ці підходи, будучи прийнятними з цивільно-правової точки зору, дозволяють визнавати безготівкові гроші предметом злочинів проти власності [18, с. 14]. До речі, у низці рішень Європейський суд з прав людини роз'яснив, що майном, яке перебуває у власності, можуть бути як речі, так і права, в тому числі права вимоги; безготівкові гроші є майном, що перебуває у власності [14].

Близьким до висловлювання Н.В. Вишнякової є наступна позиція. Якщо ігнорувати архаїчну догматику і суворо керуватись текстом кримінального закону, потрібно виходити з того, що в кримінально-правовій нормі про крадіжку йдеться не лише про речі, а й про будь-яке майно, а отже, і про грошові кошти на рахунку як об'єкт зобов'язальних прав і права на майно [19]. Про безготівкові гроші як різновид майна, що належить власнику банківського рахунку, відповідно, про предмет злочинів проти власності йдеться у працях і інших дослідників [20, с. 174; 21, с. 91; 22, с. 138–141; 23, с. 573–574; 24, с. 12 –13].

В юридичній літературі висловлюється думка про те, що «при вирішенні питання про визнання предметом злочину безготівкових коштів слід зважати на те, що йдеться, по суті, про заволодіння майновими правами зобов'язального характеру (правом на майно), оскільки поняття «власник рахунку» та «грошові кошти на банківському рахунку» – умовні, адже і банківський рахунок, і безготівкові кошти на ньому є категоріями зобов'язально-правового характеру. Банк, отримувач цих коштів, наприклад, від вкладників, стає їх власником, а у вкладника з'являється на ці кошти право вимоги. Отже, заволодіваючи коштами банку, злочинці посягають на майно банку, якому і завдають шкоду» [25].

Показовими у зв'язку з цим є міркування Н.О. Антонюк, яка зазначає, що безготівкові гроші є юридичною фікцією, зобов'язанням, що показує рух грошей і полягає в обов'язку банку виплатити гроші певному клієнту (перерахувати їх); кримінально-правова охорона безготівкових грошей повинна бути тотожною кримінально-правовій охороні готівкових грошей як різновиду речей [26, с. 131–134].

Чимало інших науковців [27, с. 175–176; 28, с. 76–80] є прибічниками подібної позиції, яку є підстави визнавати компромісною. Стверджується,

що гроші завжди залишаються грошима, а безготівковість – лише форма їх існування. Не можна не відзначити дуалізм природи безготівкових грошей – втілення у них речового та зобов'язального права (з одного боку, це вимога кредитора до боржника, з іншого – ця вимога відокремлюється від договору, внаслідок якого вона виникла, а майно, що утворилося, є залученим капіталом для банку – об'єктом права власності). Банк, який придбаває право власності на зараховані на відповідний рахунок кошти, перебуває щодо зовнішнього світу приблизно в такій самій ситуації, що і традиційний власник. Якщо на рахунок злочинця (або іншої особи) зараховані безготівкові гроші, у нього з'являється реальне право користуватися цими коштами на свій розсуд (наприклад, особа може перевести їх у готівку, перерахувати на рахунок іншої особи). Злочинець набуває право на майно, тобто на самі гроші, які становлять предмет зобов'язальної вимоги до банку.

Судова практика на сьогодні кваліфікує злочини, предметом яких є безготівкові гроші, як безоплатне вилучення безготівкових грошей, які є чужим майном.

Так, за ч. 2 ст. 190 і ч. 3 ст. 190 КК кваліфікував Київський районний суд м. Харкова дії С., який, маючи умисел, спрямований на заволодіння чужим майном шляхом обману в значних розмірах, діючи з корисливих мотивів, під приводом сприяння у складанні іспитів студентом університету А., у поновленні його на 4 курс навчання після відрахування та вступу до навчання на 5 курс бюджетної форми навчання заволодів грошовими коштами А. шляхом здійснення електронних платежів та операцій з безготівковими коштами, чим завдав значної шкоди потерпілому. Крім того, С., маючи умисел, спрямований на заволодіння чужим майном шляхом обману в значних розмірах, діючи повторно з корисливих мотивів, під приводом сприяння у наданні К. кімнати в гуртожитку університету заволодів коштами К. шляхом здійснення електронних платежів та операцій з безготівковими коштами, чим завдав значної шкоди потерпілому. Зазначені грошові кошти з поточного рахунку за допомогою кредитної картки С. отримав готівкою в банкоматах [29].

Як бачимо, суд виходив із того, що злочинець не тільки отримав кошти у безготівковій формі, а й отримав їх готівкою в банкоматі. Злочин був визнаний закінченим з моменту переведення цих коштів у готівку.

Хустський районний суд Закарпатської області кваліфікував за ч. 5 ст. 191 КК України дії З., який, маючи попередній досвід роботи у сфері банківської діяльності та будучи обізнаним із порядком та процедурою оформлення кредитних договорів, у червні 2008 р. вступив у злочину змову з У., економістом зі споживчого кредитування Хустського відділення банку, щодо оформлення останнім фіктивних кредитних договорів на підставних осіб без наявності та ідентифікації осіб позичальників. Переслідуючи корисливі мотиви та діючи умисно в своїх інтересах, З. за попередньою змовою з У. безпідставно зняв

і привласнив з платіжних карток за кредитними договорами, незаконно оформленими У., грошові кошти, чим заподіяв інтересам банку матеріальної шкоди, а також вчинив підроблення документів [30].

Крюківський районний суд м. Кременчука Полтавської області розглянув кримінальне провадження за обвинуваченням Д. у вчиненні протиправних дій, спрямованих на заволодіння грошовими коштами мешканців м. Кременчука, Кременчуцького району Полтавської області та прилеглих до нього районів Полтавської та Кіровоградської областей, які звертались до нього щодо купівлі, доставки та монтажу металопластикових конструкцій, шляхом обману. Д із громадянами укладав відповідні договори без наміру реального їх виконання, а лише з метою заволодіння грошовими коштами, які підлягали сплаті на виконання умов таких договорів. Потерпілими сплачувався завдаток, про що складався відповідний документ, надавались товарні чеки, гарантійний лист ТОВ «СГ» та розраховувалась вартість замовлення. Після цього потерпілими сплачувалась обумовлена договорами сума – вартість виробів та здійснюваних робіт з їх доставки і монтажу – у безготівковій формі шляхом укладання клієнтами кредитних договорів у банках та подальшим безготівковим перерахуванням цими банками на виконання умов кредитних договорів грошових коштів на відкритий Д. рахунок у банку. Суд визнав винним Д. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст.190 , ч. 2 ст. 190 КК України, при тому що після перерахування коштів на безготівковий рахунок Д. він не здійснював їх переведення у готівку [31]

Ц. здійснив за допомогою третьої особи несанкціоноване втручання в систему «клієнт-банк» ПП «М.» і направив платіжне доручення до АТ «Укрбанк», який здійснює обслуговування поточного рахунку цього підприємства, про перерахування грошових коштів на рахунок фізичної особи Г. у відділення ПАТ «АКБ», вказавши призначення платежу – перерахування коштів на поворотну фінансову допомогу за договором. Ц., діючи спільно з Г., умисно з метою заволодіння грошовими коштами, які йому не належать, а належать ПП «М.», шляхом використання паспорта громадянина України Щ., який він отримав від Г., відкрив поточний рахунок у відділенні ПАТ «АКБ» та поточний рахунок у АТ «Е-Банк», після чого, переконавшись, що грошові кошти надійшли на його поточний рахунок з АТ «Укрбанк» від ПП «М.», звернувся із заявою до ПАТ «АКБ» про перерахування їх на поточний рахунок в АТ «Е-Банк» для подальшого зняття готівкою вказаних коштів, які належали ПП «М.». Після того, як він написав заяву і здав її працівнику банку, отримавши на руки платіжне доручення про перерахунок коштів, він був затриманий працівниками міліції при виході з банку. Придніпровський районний суд м. Черкаси визнав Ц. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 185 КК України, визнавши закінченим злочином перерахування безготівкових коштів на рахунок злочинця [32].

Звертає на себе увагу те, що в кожному з наведених випадків правозастосовної практики, які можна вважати типовими, суд виходив із того, що закінченим злочин вважається або в момент безпосереднього отримання грошей з рахунку (вкладу) потерпілого, або в момент зарахування грошей на рахунок, з якого злочинець може розпоряджатися безготівковими грошима. У разі, коли за рахунок коштів із чужого рахунку оплачуються товари (роботи, послуги), наприклад, за допомогою фіктивної або втраченої кредитної (розрахункової) картки, таке розкрадання вважається закінченим з моменту списання грошей з рахунку власника.

Спроба обґрунтувати прихильниками речової концепції безготівкоих коштів того, що закінченим злочин можна вважати лише при «переведенні коштів у готівку», викликає серйозні сумніви. Так, незаконно перерахувавши грошові кошти з одного рахунку на рахунок, яким він може вільно розпоряджатися, злочинцю немає жодної необхідності переводити їх у готівку: він може використовувати їх і без цього [33, с. 14–15].

Як бачимо, практика рухається шляхом визнання безготівкових грошей предметом злочинів проти власності в аспекті змішаної, речово-зобов'язальної концепції.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що цивільно-правове поняття майна охоплює і безготівкові кошти, а отже, закріплювати власне, кримінально-правове поняття «майно» (у т. ч. шляхом внесення змін до КК України) не потрібно. Питання про переважно речовий або зобов'язально-правовий характер безготівкових грошей як різновиду майна для вирішення проблем, пов'язаних із кваліфікацією злочинних посягань на такі гроші, не є принциповим. В аспекті визнання безготівкових грошей предметом злочинів проти власності конструктивним слід визнати компромісний підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану (речово-зобов'язальну) природу. Тому слід підтримати панівну нині в літературі позицію, відповідно до якої кваліфікація посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) їх існування; предметом злочину при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків; незаконне посягання на безготівкові гроші треба розцінювати як заволодіння чужим майном у той чи інший спосіб, визначений КК України.

Проблематика предмета злочинів проти власності продовжує зберігати свою актуальність, особливо в аспекті визначення перспектив заміни розробленої ще в радянський період концепції злочинів проти власності на концепцію майнових злочинів.

Література

1. Ефимова Л.Г. Правовые проблемы безналичных денег / Л.Г. Ефимова // Хозяйство и право. – 1997. – № 2. – С. 44–49.
2. Тараканов С. Информационная природа безналичных денег / С. Тараканов // Хозяйство и право. – 1998. – № 9. – С. 68–72.
3. Демушкина Е. Безналичные ценные бумаги – фикция или реальность? / Е. Демушкина // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 18. – С. 87–93.

4. Гражданское право : [учебн.] : в 2-х т. / отв. ред. Е.А. Суханов – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – Том II. Полутом 2. – 642 с.
5. Курбатов А. Ответственность банков за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды / А. Курбатов // Хозяйство и право. – 1996. – № 4. – С. 138–141.
6. Новоселова Л. А. О правовой природе средств на банковских счетах / Л. А. Новоселова // Хозяйство и право. – 1996. – № 8. – С. 90–100.
7. Гетманцев Д.О. Банківське право України : [навч. посіб.] / Д.О. Гетманцев, Н.Г. Шукліна. – К., 2007. – 344 с.
8. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве / К.И. Скловский – 5-е изд., перераб. – М., 2010. – 893 с.
9. Пауль А.Г. Финансово-правовое регулирование правоотношений собственности / А.Г. Пауль // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 21–30.
10. Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия : дисс. ... канд. юрид. наук / М.В. Фролов. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.
11. Волженкин Б.В. Мошенничество / Б.В. Волженкин. – СПб., 1998. – 36 с.
12. Векленко В.В. Квалификация хищений чужого имущества : дис. ... д-ра юрид. наук / В.В. Векленко. – Омск, 2001. – 375 с.
13. Герасимова Е.Л. Предмет хищения в российском уголовном праве : дисс. ... канд. юрид. наук / Е.Л. Герасимова. – М., 2006. – 194 с.
14. Тарасов А.А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей / А.А. Тарасов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.zonazakona.ru/law/comments/334
15. Хабаров А.В. Преступления против собственности: влияние гражданско-правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук / А.В. Хабаров. – Екатеринбург, 1999. – 213 с.
16. Ефимова Л.Г. Правовые аспекты безналичных денег / Л.Г. Ефимова // Закон. – 1997. – № 1. – С. 97–101.
17. Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ / М.П. Бикмурзин. – М., 2006. – 184 с.
18. Вишнякова Н.В. Объект и предмет преступлений против собственности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2003. – 27 с.
19. Отзыв о проекте Федерального закона о внесении в УК РФ дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iuaj.net/node/1169
20. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование / Н.А. Лопашенко. – М., 2005. – 408 с.
21. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення : [монографія] / П.В. Олійник. – Харків, 2011. – 208 с.
22. Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук / А.Ю. Швець. – К., 2011. – 240 с.
23. Яни П.С. Очерк 16. Проблемы квалификации хищений / П.С. Яни // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики : [сб. очерков] / под ред. В.В. Лунеева. – М., 2010. – С. 570–623.
24. Имущественные преступления : [учеб. пособ] / под ред. В.И. Тюнина. – СПб., 2102. – 115 с.
25. Виявлення та розслідування злочинів, пов'язаних з використанням засобів доступу до банківських рахунків / В.О. Фінагєєв, С.С. Чернявський, О.Ю. Татаров та ін. – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 79 с.
26. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності : [навч. посіб.] / Н.О. Антонюк/ – Львів, 2012. – 514 с.
27. Бойцов А.И. Преступления против собственности / А.И. Бойцов. – СПб., 2002. – 775 с.
28. Хилюта В.В. Безналичные денежные средства как предмет хищения / В.В. Хилюта // АНО «Юридические программы». – М., 2009. – С. 76–80.
29. Справа № 640/12585/13-к н/п, 1-кп/640/162/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37419556

30. Справа № 1-137/11. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15900562
31. Провадження № 1-кп/537/300/2013, Справа № 537/5255/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34371928
32. Вирок 711/1887/13-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravoscope.com/act-virok-711-1887-13-k-pikovskij-v-yu-11-11-2013-kradizhka-s.
33. Яни П. Хищение: некоторые вопросы предмета и ущерба / П. Яни // Законность. – 1996. – № 10. – С. 10–19.

Анотація

Дорохіна Ю. А. **Особливості визначення правової природи безготівкових грошей як предмету злочинів проти власності.** – Стаття.

У статті здійснено аналіз доктринальних підходів науковців щодо розуміння правової природи безготівкових грошей. Визначено, що безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну юридичну природу.

Ключові слова: злочини проти власності, предмет злочину, безготівкові гроші.

Аннотация

Дорохина Ю. А. **Особенности определения правовой природы безналичных денег как предмету преступлений против собственности.** – Статья.

В статье проведен анализ доктринальных подходов ученых относительно понимания правовой природы безналичных денег. Определено, что безналичные деньги имеют смешанную, вещно-обязательственную юридическую природу.

Ключевые слова: преступления против собственности, предмет преступления, безналичные деньги.

Summary

Dorokhina J. A. **The features of determination of the legal nature of non-cash money as the subject of offenses against property.** – Article.

The article comprises the analysis of the doctrinal approaches of research workers regarding the understanding of the legal nature of non-cash money. It is defined that non-cash money is mixed, real right-binding in legal nature.

Key words: offenses against property, subject of offense, non-cash money.

УДК 344:351.746 (477)

Р. М. Ляшук

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОПТИМІЗАЦІЇ ШТАТНОЇ ЧИСЕЛЬНОСТІ ПЕРСОНАЛУ ВІДДІЛІВ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ

Оптимізація штатної чисельності органів охорони державного кордону Державної прикордонної служби України (далі – ДПСУ) в цілому і відділів прикордонної служби (далі – ВПС) зокрема завжди перебуває в полі зору державних органів влади, громадянського суспільства, громадян як платників податків, за рахунок яких утримується вся правоохоронна система України. На сьогодні штатна чисельність атестованого персоналу підрозділів охорони державного кордону нараховує понад 30 тис. співробітників [1, ст. 6]. Однозначно відповісти, чи задовольняє така чисельність систему інтегрованого управління кордонами та суспільство в цілому, неможливо. Для вирішення цього питання необхідно дослідити нормативно-правове забезпечення визначення оптимальної штатної чисельності персоналу ВПС.

Штатна чисельність особового складу різних державних органів досліджувалася багатьма вченими, серед них В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, В. Л. Грохольський, М. М. Литвин, Ю. С. Шемшученко та інші. Проте питання нормативно-правового забезпечення вдосконалення штатної чисельності персоналу ВПС не вивчені на належному рівні, що і є метою даної статті.

У штаті вказують: найменування посад, чисельність працівників кожної спеціальності та їх кваліфікації з розподілом штатних одиниць за структурними підрозділами підприємства, установи, організації; структуру організації за підрозділами з виділенням апарату управління [2, с. 450].

Звідси штат ВПС слід розуміти як нормативно визначену якісну та кількісну характеристику персоналу, який реалізовує завдання підрозділу.

Організаційно-штатна структура ВПС має бути оптимальною, вільною від суб'єктивних елементів та такою, що дає змогу найповніше реалізувати можливості сил та засобів органів ДПСУ [3, п. 1.3].

Виходячи з призначення ВПС визначається штат, чисельність та якісна структура підрозділів, а функції і компетенція ВПС диференціюються між працюючими в них службовцями.

© Ляшук Р. М., 2014

Уся система посад персоналу ВПС пов'язується з його структурою, тобто складом внутрішніх підрозділів і формами їх взаємодії. Норматив чисельності службовців різних категорій закріплюється у штатному розписі ВПС, що визначається затвердженою в установленому порядку кількістю структурних підрозділів, які складаються з посадових одиниць (посад). Ю. П. Битяк наголошує на необхідності розрізнення штатів адміністративно-управлінського (керівництво) й оперативного апарату (спеціалісти) [4, с. 16].

Нормативно визначена типова структура ВПС викликає необхідність установлення типових штатів, що частково зроблено в Інструкції з організації оперативно-службової діяльності ВПС [5]. Тут розкриваються загальні вимоги типових посад до прикордонника. Такі посадові вимоги незалежно від фізико-географічного характеру чи оперативної обстановки на ділянці державного кордону, що охороняється підрозділом, повинні бути принципово однаковими. Умови до формування штату прикордонних підрозділів акумулюються в нормах національного та міжнародного права, які регулюють суспільні відносини у сфері прикордонної безпеки.

Визначення загальної кількості персоналу в системі чи її ланці, його професійного і посадового складу – одна з основних складових роботи з персоналом, яка вирішується за допомогою нормування праці.

Саме нормування праці є стрижневим елементом кожної організації, це дозволяє правильно визначити кількість працівників, які виконують однакові функції. Її результатом повинна бути відповідь на запитання: хто і в якій кількості потрібний, які завдання та функції ці працівники можуть реалізувати.

Теперішні епізодичні зміни в штатному розписі ВПС, на наш погляд, не завжди виходять із точних, виважених розрахунків, вносяться без достатніх наукових обґрунтувань. Науковий підхід до цього питання дозволив би забезпечити відповідність штатів змісту і реальному обсягу діяльності кожного підрозділу ДПСУ в цілому, запобігти невиправданому зростанню чисельності персоналу в одній ланці системи і явну нестачу в іншій. Невизначеність нормування праці призводить до того, що прикордонники, посадові обов'язки яких виконуються не в режимі змін прикордонних нарядів, у багатьох відділах змушені працювати понад 10 годин на добу. Така організація діяльності нічого позитивного не дає, а, навпаки, призводить до зниження ініціативності працівників та ефективності служби [6, с. 148].

Проблема дослідження витрат службового часу на управлінську й оперативно-службову діяльність досить складна та потребує врахування особливостей кожної служби. Серед правоохоронців навіть існує думка, що це зробити неможливо. Але погодитися з тим, що це неможливо через різноманітність виконуваних ними функцій, складно.

Разом із тим спроба врахувати кожну хвилину робочого часу начальника або окремого працівника ВПС просто нереальна. Це не заперечує того, що навіть наближене нормування праці персоналу ВПС допоможе виробити більш обґрунтовані, ніж наявні, нормативи штатної чисельності, стати ефективним засобом удосконалення його організації [7, с. 75].

Протягом останніх років у зв'язку зі збільшенням спектру завдань підрозділу, зменшенням чисельності та відсотка укомплектованості особового складу навантаження на персонал ВПС постійно зростає. Тому важливо з'ясувати питання: який обсяг роботи вони в змозі виконувати відповідно до їх завдань та функцій. Відповісти на це запитання складно, оскільки відповідні дослідження не проводилися. Тим більше важко це зробити через трудомісткість виміру результатів праці прикордонників, невизначеність їх конкретних функцій і повноважень. Адже охорона державного кордону та прикордонної безпеки, протидія незаконній міграції здійснюються в різних умовах, з проведенням заходів різного рівня складності. Крім того, весь цей процес залежить ще й від рівня підготовки й досвіду роботи як управлінського персоналу, так і виконавців [7, с. 76].

Задля об'єктивності слід зазначити, що оцінка результатів роботи ВПС базується головним чином на кількісних показниках. При цьому слабко враховуються обставини охорони державного кордону, кількість місцевих жителів, характер їх діяльності, криміногенна обстановка у прикордонні тощо. При такому підході виявлення однієї особи, яка вчиняла порушення прикордонного режиму, та недопущення незаконного перетинання державного кордону чи переміщення контрабандних товарів розцінюються і відображаються у статистичних даних як рівнозначні результати діяльності. Існуючі критерії оцінки не враховують складності виявлення, документування, припинення злочинної діяльності або притягнення до юридичної відповідальності таких осіб.

Ми вважаємо, що у випадках, коли необхідно оцінити ефективність окремих напрямів роботи ВПС, що слабко піддаються оцінці, необхідно застосовувати соціологічні й експертні методи пізнання. 94 % опитаних працівників підрозділів охорони кордону відзначають, що інспекторський склад часто відволікається від виконання основних функцій для виконання інших, другорядних. Серед них – доставка затриманого до підрозділу і його охорона [8, ст. 259], виконання формальних доручень органів управління, господарських робіт, участь у різного роду малоефективних спеціальних заходах загальнодержавного і регіонального рівнів.

Одним із найважливіших завдань вивільнення прикордонників від неслужбових робіт є розроблення і впровадження в практичну діяльність наукової організації праці. Певно, що не можна всерйоз говорити про наукову організацію їх праці, якщо вони будуть відволікатися від своїх справ (функціональних обов'язків) на виконання допоміжної й технічної (канцелярської) чи другорядної, малоефективної роботи. Ми вважаємо, що для забезпечення високопродуктивної праці кваліфікованих працівників ВПС у штат можна ввести помічників.

Які ж завдання і функціональні обов'язки покласти на помічників? Чіткої відповіді, на наш погляд, тут не може бути. Тому ми переконані, що інститут помічників потребує більш ефективних управлінських рішень.

Коли ця пропозиція буде прийнята, постане питання, яка кількість таких помічників необхідна, які критерії слід врахувати у визначенні їх чи-

сельності. Ми спробували вивчити думку осіб, компетентних у досліджуваних питаннях. На наш погляд, більш точно відповісти на них можуть самі працівники ВПС. У процесі анкетування та опитування враховувалися два моменти:

– в Україні ще не розроблено чіткої системи оцінки оперативно-службової, оперативно-розшукової, адміністративної, технічної та іншої роботи персоналу ВПС;

– на практиці застосовуються в основному емпіричні способи вирішення питання щодо введення помічників.

Анкетування дало такі результати:

1. На запитання «Яку частину робочого часу, на Вашу думку, витрачає інспектор прикордонної служби на роботу, яку міг би виконати помічник?» опитувані відповіли, що в середньому – близько 42 %.

2. На запитання «Скільки часу, на Вашу думку, витрачає інспектор прикордонної служби на роботу, не пов'язану з виконанням своїх прямих функціональних обов'язків (підготовка звітів, виконання різних доручень керівників, які не стосуються охорони кордону, вирішення організаційних питань тощо)?» отримана відповідь – близько 55 %.

Крім того, п'ята частина працівників управління підрозділів охорони кордону працює над підготовкою звітності.

У процесі вивчення даних нами зроблено такі висновки. По-перше, необхідно вивільнити кваліфікованих працівників ВПС від виконання невластивих функцій. По-друге, бажано на три-чотири кваліфікованих працівників ВПС увести одну посаду помічника, який би виконував технічну й іншу організаційну роботу. Це дозволить інспекторам прикордонної служби приділяти більше уваги виконанню основних функцій, що, безумовно, сприятиме підвищенню ефективності діяльності ВПС.

Висококваліфікованих фахівців ВПС слід звільнити від технічної роботи. Таким шляхом ідуть раціоналізатори низки країн. Замість збільшення штату фахівців вони вводять додаткові посади низькооплачуваних технічних працівників. Це дозволяє раціональніше використовувати фахівців високої кваліфікації. Замість трьох таких осіб, стверджують вони, доцільніше мати двох висококваліфікованих працівників і одного технічного [9, 225–228].

Однією з проблем визначення штатної чисельності ВПС є не передбачення резерву персоналу для покриття відриву особового складу на відпустки, відрядження, хвороби (в окремих випадках становить близько 10%). Це призводить до службового перевантаження окремих категорій персоналу, зокрема інспекторів прикордонної служби та дільничних інспекторів, оперативних чергових. Тому необхідно нормативно визначити, що розрахунок штатної чисельності підрозділів охорони кордону проводити з урахуванням 10 % резерву персоналу.

Необхідність виконання державної програми переходу на військову службу за контрактом призвело до виникнення протиріччя між необхідністю постійного перебування персоналу підрозділу в місці його дислокації та положеннями законодавства України з питань соціального захисту вій-

ськовослужбовців. Вирішення цього питання реалізується шляхом уведення позмінного несення служби персоналом.

На даний час у ВПС застосовується чотиризмінний варіант несення служби. Необхідність забезпечення штатним персоналом підрозділу виконання службових завдань поза зміною, забезпечення посиленої охорони державного кордону викликають перевищення норми службового навантаження прикордонників. Результати опитування керівників прикордонних підрозділів показали, що найоптимальнішим є п'ятизмінний варіант у побудові структури ВПС.

Зміни до штату прикордонних підрозділів повинні проводитись на підставі вивчення, аналізу та перевірки на практиці відповідності існуючої штатної чисельності завданням, які вона вирішує [3, п. 1.3].

Порівняльний аналіз показників штатної чисельності працівників поліції розвинених країн свідчить, що основними чинниками, які визначають параметри організаційних структур правоохоронних органів, є:

– демографічні показники регіону (загальна кількість населення, щільність міського населення, національні особливості тощо);

– складність криміногенної ситуації на території дислокації (рівень, структура та динаміка злочинності, її латентна частка);

– рівень фінансового та матеріально-технічного забезпечення.

У свою чергу, штатну чисельність персоналу ВПС пропонується вираховувати виходячи з таких факторів:

– тип правоохоронних завдань, що визначаються для підрозділу;

– характер ділянки державного кордону (протяжність, рельєф, інші географічні та екологічні умови);

– складність оперативної обстановки та характер господарсько-виробничої діяльності у прикордонних районах України та суміжних країн [10, с. 11];

– види та кількість транскордонних сполучень, інтенсивність руху на них;

– демографічні показники регіону (загальна кількість населення, щільність міського населення, національні особливості тощо).

У кожному випадку визначення штатної чисельності службовців конкретного ВПС необхідно проводити розрахунок ефективності охорони кордону на його ділянці [3, п. 5.1]. Це дасть змогу визначити необхідну кількість персоналу для забезпечення надійної охорони кордону у зміні та організаційній структурі відділу в цілому.

Оптимізація штатної чисельності ВПС, на нашу думку, має відбуватися шляхом подальшого приведення системи ДПСУ до європейських та світових стандартів, зменшення кількості керівних посад, розатестування посад, які безпосередньо не пов'язані з виконанням завдань з охорони державного кордону України.

Наприклад, існує питання щодо окремих військових посад водіїв. Ці посади також могли би бути заміщені цивільними працівниками, але необхідно проводити й підготовку особового складу до вправного водіння транспортних засобів, бо, таким чином, під час виконання основних завдань у розпорядженні керівництва завжди був би водій, готовий брати участь в охороні кордону.

Стосовно подальшої перспективи визначення штатної чисельності персоналу ми пропонуємо вирішувати цю проблему поступовим накопиченням різних методик, що допоможуть створити певні концептуальні методичні положення та виробити нормативи оптимального навантаження на співробітників ВПС. У даному дослідженні зроблено лише перший його етап [11, с. 22].

Отже, штатна чисельність ВПС є нормативно визначеною якісною та кількісною характеристикою персоналу, який здатен якісно виконати завдання підрозділу.

Штат та чисельність персоналу ВПС визначається виходячи з призначення підрозділу та кількості службовців, необхідних для забезпечення ефективності виконання завдань підрозділу. Кількість прикордонників, які виконують однакові функції, визначається через нормування їх службового навантаження.

Типовий штат ВПС нормативно визначається в Інструкції з організації оперативно-службової діяльності ВПС [5]. Оптимізацію штатної чисельності ВПС рекомендується здійснювати шляхом приведення її до європейських та світових стандартів, зменшення кількості керівних посад, розатестування посад, які безпосередньо не пов'язані з виконанням завдань з охорони державного кордону України.

Кінцеве вирішення проблеми розрахунку та нормативно-правового врегулювання штату ВПС стане можливим лише в процесі подальшого поступового застосування різних методик, що допоможуть створити певні концептуальні систематичні положення та виробити нормативи оптимального навантаження на співробітників ВПС. На це варто направити зусилля подальших наукових досліджень.

Література

1. Про Державну прикордонну службу України : Закон України від 03.04.2003 № 661-IV // ВВР. – 2003. – № 27. – Ст. 208.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 2004. – Т. 6 : Т-Я. – 736 с.
3. Про затвердження Інструкції з організаційно-штатної роботи в Державній прикордонній службі України : наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України від 20.06.2009 № 456. – К., 2009. – Окреме видання.
4. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право» / Юрій Прокопович Битяк ; Нац. юр. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 38 с.
5. Інструкція з організації оперативно-службової діяльності відділу прикордонної служби Державної прикордонної служби України. Ч. 1. : наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України від 29.09.2009 № 1040. – Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2010. – 176 с.
6. Грохольський В. Л. Підбір та підготовка фахівців для оперативних підрозділів ОВС / В. Л. Грохольський, Ж. О. Жуковська // Актуальні проблеми підготовки кадрів і роботи з персоналом оперативних служб міліції : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 27–28 березня 2003 р. – К. : НАВСУ, 2003. – Ч. 1. – С. 146–148.
7. Грохольський В. Л. Актуальні питання визначення штатної чисельності працівників органів внутрішніх справ / В. Л. Грохольський // Вісник Академії управління Міністерства

внутрішніх справ : наук. журнал / гол. ред. В. Т. Білоус. – К. : Академія управління МВС, 2008. – № 4. – С. 74–79.
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення (зі змінами і доп.) : Закон України від 07.12.1984 № 8073-X // Сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/80731-10
9. Михєєв В. Соціально-психологічні аспекти управління / В. Михєєв. – М., 1975. – 260 с.
10. Литвин М. М. Методичні підходи до категоріювання відділів прикордонної служби та обґрунтування їх організаційно-штатних структур. Ч. 2. / М. М. Литвин, О. М. Шинкарук, М. Ю. Цибровський // Збірн. наук. праць № 40. – Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2007. – С. 11–14.
11. Грохольський В. Л. Управління діяльністю спеціальних підрозділів МВС України по боротьбі з організованою злочинністю : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Володимир Людвігович Грохольський; Нац. ун-т внутрішніх справ. – Х., 2004. – 37 с.

Анотація

Ляшук Р. М. **Нормативно-правове забезпечення оптимізації штатної чисельності персоналу відділів прикордонної служби.** – Стаття.

У статті розглядається нормативно-правове регулювання та шляхи оптимізації штатної чисельності персоналу відділів прикордонної служби. Проаналізовано підходи, критерії та умови формування штату підрозділів охорони кордону. Внаслідок дослідження законодавства та наукових праць автором запропоновано шляхи нормативно-правового вдосконалення штатної чисельності персоналу відділів прикордонної служби.

Ключові слова: штатна чисельність, відділи прикордонної служби, Державна прикордонна служба України, правоохоронна діяльність, охорона державного кордону.

Аннотация

Ляшук Р. Н. **Нормативно-правовое обеспечение оптимизации штатной численности персонала отделов пограничной службы.** – Статья.

В статье рассматривается нормативно-правовое регулирование и пути оптимизации штатной численности персонала отделов пограничной службы. Проанализированы подходы, критерии и условия формирования штата подразделений охраны границы. В результате исследования законодательства и научных трудов автором предложены пути нормативно-правового усовершенствования штатной численности персонала отделов пограничной службы.

Ключевые слова: штатная численность, отделы пограничной службы, Государственная пограничная служба Украины, правоохранительные органы, охрана государственной границы.

Summary

Liashuk R. N. **Normatively-legal providing of optimization of regular quantity of personnel of departments Border Service.** – Article.

The normatively-legal adjusting and ways of optimization of regular quantity of personnel of departments of frontier service is examined in the article. Approaches, criteria and terms of forming of the state of subdivisions of guard of border, are analysed. As a result of research of legislation and scientific works an author is offer the ways of normatively-legal improvement of regular quantity of personnel of departments of frontier service.

Key words: regular quantity, border service division, State Border Guard Service of Ukraine, law enforcement, border protection.

УДК 342.9

О. В. Марченко

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ МЕХАНІЗМУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕКЛАМНИХ ПОСЛУГ

Постановка проблеми. Для того, щоб всебічно гарантувати та забезпечити належне функціонування і розвиток сфери реклами, недостатньо лише прийняти декілька, нехай навіть дуже якісних, законів. Має бути створений надійний та ефективний забезпечувальний механізм, у межах якого вся сукупність існуючих організаційно-правових методів, заходів, засобів та інших умов і факторів грамотно та збалансовано поєднуватиметься в злагоджену й ефективну систему, в єдиний механізм.

Стан дослідження. Різні аспекти правового регулювання реклами досліджували В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, С.В. Ківалов, С.Г. Стеценко, Н.О. Саніахметова, І.І. Іванов, Ю.Ф. Вольдман, О.Р. Шишка, Ю.І. Зоріна, М.С. Потапенко, А.В. Стрельников, З.В. Кузнєцова та інші вчені, однак, віддаючи належне науковим напрацюванням зазначених правників, слід констатувати, що механізм адміністративно-правового забезпечення рекламної сфери повноцінного комплексного вивчення не отримав. Вказане підкреслює своєчасність, необхідність та актуальність досліджуваної тематики. У зв`язку із цим у даній статті ми маємо на меті розглянути поняття та ознаки механізму адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг.

Виклад основного матеріалу. Механізм адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг являє собою складне поняття, тому з метою чіткого усвідомлення його сутності та змісту ми скористаємося такими методами наукового пізнання, як аналіз та індукція, тобто ми спочатку розкладемо дане поняття на його складові і встановимо сутнісний зміст кожного з його структурних елементів окремо, а потім на підставі отриманих висновків про них зробимо висновки про поняття та ознаки механізму адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг як єдиного, цілісного явища.

Своєю появою термін «механізм» зобов'язаний технічній сфері, де він використовувався для позначення певних апаратів, технічних пристроїв і в

© Марченко О. В., 2014

цьому значенні був, як правило, тотожний терміну «машина», підтвердженням чому є його тлумачення у словниковій літературі: машина – це механізм або комплекс механізмів, призначений для виконання корисної роботи через перетворення одного виду енергії на інший [1, с. 653]. Пізніше термін «механізм» став використовуватись, як вказують С. М. Морозов,

Л. М. Шкарапута [2, с. 553], у переносному значенні для позначення системи, порядку або методики здійснення, протікання чогось чи позначення внутрішньої будови, устрою, організації певного явища, предмету, процесу. Нині термін «механізм» досить міцно закріпився у побуті сучасного суспільства і використовується як одне з основних понять не лише в технічній галузі, але й під час визначення різного роду соціальних, біологічних, хімічних та інших процесів і явищ.

Термін «механізм» досить часто зустрічається в різних поняттях із правової сфери, як-то: «правовий механізм», «механізм правового регулюванням», «механізм правотворчості», «механізм правореалізації», «механізм забезпечення прав і законних інтересів учасників суспільних відносин», «механізм держави» (або «державний механізм») тощо. Для прикладу приведемо визначення деяких із цих понять, так:

– правовий механізм – це комплекси взаємопов'язаних юридичних засобів, які об'єктивовані на нормативному рівні, необхідні та достатні для досягнення певної мети [3, с. 423];

– механізм правового регулювання (МПР) може бути визначений як система послідовно організованих юридичних засобів (явищ), за допомогою яких досягаються цілі правового регулювання [4, с. 413]. Або ж, як зазначає О. Ф. Скакун, механізм правового регулювання являє собою взяту в єдності систему правових засобів, способів і форм, за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, задовольняються інтереси суб`єктів права, встановлюється і забезпечується правопорядок («належне» у праві стає «сущим») [5, с. 498];

– соціально-правовий механізм забезпечення прав і свобод людини – система засобів і чинників, що забезпечують необхідні умови поваги до всіх основних прав і свобод людини, які є похідними від її гідності [5, с. 190].

– механізм правової поведінки – сукупність засобів, за допомогою яких здійснюється регулювання поведінки людини правом [6, с. 166];

– система інститутів правотворення (частково правореалізації) включає в себе соціально-правові інструменти і засоби, націлені на формування правової нормативної системи регулювання суспільних відносин [7, с.7];

– державно-правовий механізм забезпечення права на судовий захист – це загальний, сталий, необхідний і об'єктивний взаємозв'язок усіх заходів, що санкціонуються державою за допомогою правових норм та зобов'язальних суб'єктів державної влади [8];

– механізм реалізації прав та свобод людини і громадянина – це спосіб здійснення прав і свобод, тобто особливим чином погоджені правомірні позитивні дії особи, всіх зобов'язаних та інших суб'єктів права, а також умови і фактори, що впливають на цей процес [9, с. 52];

– механізм реалізації прав і свобод – це складний і багатосторонній як в організаційно-політичному, так і в юридичному відношенні організм. Механізм реалізації розкривається через упорядкованість, структуру (суб'єкти, об'єкти, характер зв'язків між ними), різноманітні соціальні та юридичні чинники, форми, способи, умови і гарантії здійснення конституційних норм відповідно до демократичних процедур, принципів законності та соціальної справедливості [10, с. 267].

– механізм реалізації прав та свобод людини і громадянина – певна соціальна система, в рамках якої явища правового порядку (норми, акти застосування права, правосвідомість суб'єктів і т.д.) тісно взаємодіють із низкою організаційних структур, діяльністю самих громадян, що реалізують свої суб'єктивні права, функціонуванням відповідних установ, посадових осіб [11, с. 14];

– механізм держави – це цілісна ієрархічна система державних органів, що здійснюють державну владу, а також установ, підприємств, за допомогою яких виконуються завдання і функції держави [5, с. 87; 12, с. 136].

На нашу думку, враховуючи все вищевикладене, механізм слід розуміти як систему в дії, тобто загалом механізм, як і система, являє собою сукупність розташованих у певному порядку, у певній послідовності та функціонально пов'язаних між собою елементів, які утворюють внутрішню структуру, будову того чи іншого механізму, системи. Втім, якщо система більш вказує на наявність зв'язку між певними процесами, предметами, явищами, що дозволяє говорити про них як про певну єдність, цілісне утворення, то механізм показує, як ці зв'язки реалізуються, відображає рух елементів системи, їх взаємодію один з одним та із зовнішніми умовами і факторами.

Специфіка юридичних засобів обумовлюється їх галузевою приналежністю. Оскільки нас цікавить адміністративно-правовий аспект механізму забезпечення рекламних послуг, то слід поглянути на сутність адміністративної галузі права. На сторінках юридичної літератури можна знайти велику кількість визначень поняття адміністративного права та його предмету. Так Д. М. Павлов, Ю. П. Битяк та В. В. Богуцький визначають адміністративне право як галузь права (сукупність правових норм), що регулює з метою реалізації завдань і функцій держави суспільні відносини управлінського характеру, які складаються у сфері виконавчої та розпорядчої діяльності органів виконавчої влади, внутрішньо організаційній діяльності інших державних органів, а також у процесі здійснення недержавними інституціями (наприклад, органами місцевого самоврядування, громадськими організаціями) зовнішніх юридично-владних повноважень [13, с. 10; 14, с. 21–22].

Враховуючи специфіку адміністративно-правової галузі, можемо дійти висновку, що адміністративно-правовий характер механізму забезпечення рекламних послуг свідчить про його публічність, тобто переважна більшість методів та засобів, що використовуються в цьому механізмі, мають владну природу і спрямовані на забезпечення належного рівня якості та

ефективності взаємовідносин між державною владою в особі її носів та іншими учасниками суспільних відносин з питань реалізації та захисту їхніх прав, свобод і законних інтересів у сфері реклами та рекламної діяльності.

Отже, механізм адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг являє собою систему юридичних, а також таких, що хоча безпосередньо й не мають юридичної природи, втім тісно пов`язані з правом і здійснюються на фоні його регулятивного впливу, засобів (методів, способів, заходів), за допомогою яких держава в особі її компетентних органів і посадових осіб створює відповідні організаційно-правові умови та фактори, необхідні для нормального протікання взаємовідносин між представниками державної влади (особливо її виконавчої гілки) та іншими суб'єктами суспільних відносин з питань надання і споживання рекламних послуг, а також повноцінного здійснення в цій сфері своїх прав і обов'язків як першими, так і другими.

Метою цього механізму є: з одного боку, за допомогою державно-владних можливостей та ресурсів гарантувати і забезпечити як суб'єктам, що надають або мають на меті надавати рекламні послуги, так і їх споживачам реальні можливості безперешкодно й у повному обсязі здійснювати свої права і законні інтереси у сфері реклами, а також звертатися в разі необхідності за їх державним захистом; а з іншого – забезпечити з боку органів влади якісне та ефективне управління цією сферою, в тому числі здійснення контролю за дотриманням суб'єктами встановлених вимог, правил та заборон щодо надання рекламних послуг.

Висновок. З метою більш змістовного уявлення про сутність адміністративно-правового механізму забезпечення рекламних послуг виокремимо його основні ознаки:

– по-перше, системність. Дана властивість вказує на те, що механізм адміністративно-правового забезпечення не повинен сприйматися як звичайна сукупність засобів, методів, заходів – він являє собою цілісну систему, в якій кожен з елементів посідає своє місце та виконує власну, відведену йому функцію, чим робить свій внесок у виконання завдань та функцій, покладених на цей механізм як єдине ціле. Із цього приводу доречним буде відзначити точку зору О. Ф. Скакун, яка, розглядаючи механізм держави, наголошувала, що він має розглядатися не як проста сукупність складових його елементів (державних органів, організацій, установ), а як система цих елементів, функціонально сумісних, узгоджених між собою і системою в цілому, котрі перебувають у постійному відновленні з метою підтримання своєї основної функції – управління [5, с. 88]. Також можна відзначити думку О. Ф. Черданцева, який, розкриваючи сутність механізму держави, пише, що сукупність органів, об'єднаних в єдине ціле, не випадкова і названа механізмом держави. Цим підкреслюється та обставина, що кожен орган є складовою частиною єдиного цілого, що кожен орган – частина необхідна, що тільки точне «притирання», взаємозв'язок і взаємодія окремих частин є умовою ефективного функціонування всього механізму [12, с. 143]. Системність є однією з основних запорукою послідовності, доцільності та ефективності функціонування даного механізму;

– по-друге, державно-владний характер. Ця властивість свідчить про те, що відносини, які супроводжують та опосередковують функціонування досліджуваного механізму, мають публічних характер, тобто їх обов'язковим учасником так чи інакше є носії держаної влади. Крім того, державно-владний характер механізму забезпечення рекламних послуг обумовлює використання в ньому, як ми вже відзначали вище по тексту, владних можливостей та ресурсів, у тому числі таких, як державний примус;

– по-третє, правова природа. Левова частка засобів, що входять до зазначеного механізму, мають яскраво виражену юридичну природу, крім того, всі інші засоби цього механізму, які мають організаційний, управлінський, політичний та ін. характер, здійснюються на фоні регулятивного впливу права. Враховуючи наявність у даному механізмі елементів публічності та управлінських відносин, ключова роль у ньому належить засобам адміністративної галузі права;

– по-четверте, має двовекторне спрямування, тобто він орієнтований на забезпечення необхідних умов як для нормальної реалізації своїх прав і законних інтересів у сфері реклами приватними суб'єктами, так і для ефективного здійснення в цій же сфері компетентними державно-владними суб'єктами своїх відповідних організаційно-управлінських, контрольних, юрисдикційних та інших повноважень;

– по-п'яте, пов'язує механізм адміністративно-правового регулювання з механізмом держави: засоби першого втілюють (реалізуються) представниками другого.

Література

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005, – с. 1728.
2. Словник іншомовних слів / уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута. – К. : Наукова думка, 2000, с. 680.
3. Енциклопедичний словник з державного управління / уклад.: Ю. П. Сурмін, В. Д. Бакуменко, А. М. Михненко та ін. ; за ред. Ю. В. Ковбасюка, В. П. Трощинського, Ю. П. Сурміна. – К. : НАДУ, 2010. – 820 с.
4. Загальна теорія держави і права : [підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів] / [М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Харків : Право, 2002. – 432 с.
5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – Харків : Консум, 2001. – 656 с.
6. Загальна теорія держави і права : [навч. посіб.] / [А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков та інші] ; за ред. В.В. Копейчикова. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 320 с. – Бібліогр. – с. 312.
7. Синюков С. В. Механизм правотворчества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Сергей Владимирович Синюков. – Саратов, 2013. – 26 с.
8. Бакірова І. О. Державно-правовий механізм забезпечення конституційного права людини і громадянина на судовий захист та місце органів юстиції України у здійсненні правосуддя / І. О. Бакірова // офіційний веб-сайт Мін`юсту України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/9254.
9. Реализация прав граждан в условиях развитого социализма / отв. ред. Е.А. Лукашева. – М. : Наука, 1983. – 264 с.
10. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России : [учебное пособие] / Л.Д. Воеводин. – М. : Издательство МГУ, Издательская группа ИНФРА • М–НОРМА, 1997. – 304 с.

11. Пехов В.Н. Деятельность милиции в механизме реализации прав и свобод граждан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Одесский гос. ун-т. – Одесса, 1992. – 20 с.
12. Черданцев А.Ф. Теория государства и права : [учебник для вузов] / А.Ф. Черданцев. – М.: Юрайт, 2000. – 432 с.
13. Павлов Д. М. Адміністративне право : Загальна частина : [конспект лекцій]. – К. : МАУП, 2007. – 136 с. – Бібліогр. – с. 123–128.
14. Административное право Украины : [учебник для студентов высш. учеб. заведений юрид. спец.] / [Ю.П. Битяк, В.В. Богуцкий, В.Н. Гаращук и др.] ; под ред. проф. Ю.П. Битяка. – 2-е изд., перераб. и доп. – Харьков : Право, 2003. – 576 с.

Анотація

Марченко О. В. **Поняття та ознаки механізму адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг.** – Стаття.

У статті, ґрунтуючись на основі наукових позицій учених, досліджено етимологію терміна «механізм». З урахуванням специфіки адміністративно-правової галузі зроблено висновок про публічність механізму адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг. Сформульовано власне авторське визначення поняття адміністративно-правового забезпечення рекламних послуг. Виокремлено основні ознаки досліджуваного правового явища.

Ключові слова: механізм адміністративно-правового забезпечення, поняття, ознаки, мета, суб'єкти суспільних відносин, рекламні послуги.

Аннотация

Марченко А. В. **Понятие и признаки механизма административно-правового обеспечения рекламных услуг.** – Статья.

В статье на основе научных позиций ученых исследована этимология термина «механизм». С учетом специфики административно-правовой отрасли сделан вывод о публичности механизма административно-правового обеспечения рекламных услуг. Сформулировано собственное авторское определение понятия административно-правового обеспечения рекламных услуг. Выделены основные признаки исследуемого правового явления.

Ключевые слова: механизм административно-правового обеспечения, понятие, признаки, цель, субъекты общественных отношений, рекламные услуги.

Summary

Marchenko A. V. **Concept and features of the mechanism of administrative and legal support advertising services.** – Article

The article is based on scientifically-based scientists studied the etymology of the term "mechanism". With specific administrative and legal industry concluded publicity mechanism of administrative and legal support advertising services. Formulated proper copyright definition of administrative and legal provision of advertising services. Author determined basic features of the investigated legal phenomenon.

Key words: mechanism of administrative and legal support, concept, features, purposes, subjects of public relations, advertising services.

УДК 343.9.01:30

Д. М. Прокоф'єва-Янчиленко

КРИМІНОЛОГІЧНА БЕЗПЕКА ЯК ІНТЕГРАТИВНА СКЛАДОВА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Аналіз загроз національній безпеці свідчить про те, що в умовах сьогодення однією з найбільш серйозних загроз особі, суспільству, державі та природному середовищу стають прояви злочинності – так звані кримінальні загрози, що можуть як знаходитись безпосередньо в площині дії кримінального права, так і мати інший характер, викликаючись різноплановими факторами. Зважаючи на специфіку деструктивних факторів (кримінальні загрози й виклики у сфері реалізації функцій кримінального права, правоохоронної діяльності органів державної влади та діяльності спецслужб щодо забезпечення національної безпеки) може виокремлюватися інтегративна складова національної безпеки – кримінологічна безпека.

Стан дослідження. Питання кримінологічної безпеки в контексті національної безпеки досліджувалися в працях О. Костенка, А. Шаваєва, Г. Горшенкова, В. Плєшакова, А. Тер-Акопова, В. Заплатинського, Т. Мельничук, Ю. Мельникова, Д. Симоненка, Б. Бідової, С. Лєбєдєва, Є. Скулиша, О. Фоміна, М. Клейменова, М. Бабаєва, В. Дрьоміна, С. Шабанова, М. Шелухіна та інших учених.

Мета статті – розглянути сутність кримінологічної безпеки та її місце в системі національної безпеки України.

Виклад основного матеріалу. В сучасних умовах однією з найбільш серйозних загроз особі, суспільству, державі та природному середовищу стають прояви злочинності. Нині офіційні нормативно-правові акти й наукові дослідження в структурі загроз національній безпеці вирізняють так звані кримінальні загрози, зокрема тероризм, корупцію, організовану злочинність тощо. Не випадково Стратегія національної безпеки України, як і Закон України «Про основи національної безпеки України», визначає корупцію в органах державної влади та організовану злочинність як головні внутрішні загрози державній безпеці. Рекомендація № 1713(2005) Ради Європи також безпосередньо вказує, що однією з основних загроз націо-

© Прокоф'єва-Янчиленко Д. М., 2014

нальній і міжнародній безпеці є організована злочинність, тому ця загроза нарівні з тероризмом потребує уваги з боку служб безпеки.

Спираючись на визначення національної безпеки, наведене в ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України» [1], необхідно констатувати, що від кримінальних загроз, тобто таких, що виникають у площині кримінально-правових відносин, у тому числі й «позитивних», а також пов'язаних із ними (у сфері кримінального процесу, пенітенціарній сфері тощо) потерпають як окремі фізичні та юридичні особи, у томі числі державні органи, так і всі сфери реалізації національних інтересів (сфери правоохоронної діяльності, боротьби з корупцією, прикордонної діяльності та оборони, міграційної політики, охорони здоров'я, освіти й науки, науково-технічної та інноваційної політики, культурного розвитку населення, забезпечення свободи слова та інформаційної безпеки, соціальної політики й пенсійного забезпечення, житлово-комунального господарства, ринку фінансових послуг, захисту прав власності, фондових ринків та обігу цінних паперів, податково-бюджетної й митної політики, торгівлі та підприємницької діяльності, ринку банківських послуг, інвестиційної політики, ревізійної діяльності, монетарної й валютної політики, захисту інформації, ліцензування, промисловості й сільського господарства, транспорту та зв'язку, інформаційних технологій, енергетики й енергозбереження, функціонування природних монополій, використання надр, земельних і водних ресурсів, корисних копалин, захисту екології й навколишнього природного середовища та інші сфери державного управління) та, відповідно, усі складові національної безпеки України. У свою чергу це вказує на існування загального «виміру» («зрізу», «кластера») національної безпеки, у якому має забезпечуватись безпека особи, суспільства й держави та навколишнього природного середовища, тобто об'єктів національної безпеки, і їх правоохоронюваних цінностей від кримінальних загроз, а також повинні реалізовуватися всі функції кримінального права, здійснюватися правоохоронна діяльність органів державної влади та діяльність спецслужб щодо забезпечення національної, у тому числі державної, безпеки. Останнє дозволяє обґрунтовано припускати існування самостійної складової національної безпеки [2–5], яка має інтегративний характер та може вважатися підструктурою правової безпеки, забезпечення якої слугує запорукою забезпечення безпеки в інших сферах і напрямах життєдіяльності суспільства, тобто національної безпеки в цілому.

Фактично в цьому разі мова йде про безпеку від загроз, викликаних злочинністю та її конкретними проявами, а також від інших негативних факторів, що виникають у площині кримінально-правових відносин і в правоохоронній сфері. Хоча цей безпековий феномен поки що остаточно не досліджено, терміни «кримінальна безпека» [6; 7], «антикримінальна безпека» [2], «кримінально-правова безпека» [8] чи «кримінологічна безпека» [3–5; 9–13], які мають надати йому наукове визначення, застосовуються в літературі досить широко. З огляду на спектр позицій щодо понять «безпека від злочинних посягань» або «безпека від кримінальних загроз» до-

цільно зупинитися на понятті «кримінологічна безпека», визначивши її з урахуванням об'єктів (загальні об'єкти національної безпеки) та специфіки деструктивних факторів (кримінальні загрози й виклики у сфері реалізації функцій кримінального права, правоохоронної діяльності органів державної влади та діяльності спецслужб щодо забезпечення національної безпеки). Теоретично може бути виокремлено також відповідну сферу життєдіяльності суспільства – площину кримінально-правових відносин та правоохоронну сферу в цілому, однак з огляду на різнопланову природу викликів кримінологічній безпеці, які можуть перебувати поза межами окресленої сфери, це не завжди буде доцільним. Об'єкти національної безпеки в будь-якій сфері своєї життєдіяльності та всі сфери національної безпеки мають захищатися від впливу кримінальних загроз і супутніх викликів, що зумовлює інтегративний характер кримінологічної безпеки. Останній також передбачає можливість кумулятивного ефекту забезпечення кримінологічної безпеки неспецифічними засобами й методами – унаслідок забезпечення інших складових національної безпеки. Спеціальні засоби забезпечення кримінологічної безпеки – засоби протидії злочинності та інші засоби галузей права кримінального циклу, у тому числі відповідна юридична діяльність, – також можуть виокремлюватися, однак більшою мірою це стосується системи забезпечення кримінологічної безпеки, відповідно, кримінологічна безпека частково співпадає з правовою безпекою, виступаючи її підструктурою.

Таким чином, кримінологічна безпека – це інтегративна складова національної безпеки та стан об'єктів безпеки (особи, суспільства й держави, природи), у тому числі їх правоохоронюваних цінностей (прав і свобод особи, матеріальних і духовних цінностей суспільства, конституційного ладу, суверенітету й територіальної цілісності держави тощо), що характеризує їх здатність зберігати свої системні якості та взаємозв'язки, стабільно функціонувати, стало й прогресивно розвиватися, а також зазнавати найменшої вразливості від впливів кримінальних загроз і супутніх викликів.

Сутність кримінологічної безпеки як інтегративного феномена в системі національної безпеки додатково підкреслює необхідність застосування антропоцентричного підходу в забезпеченні безпеки [14], адже людина як особистість є найбільш вразливим об'єктом злочинних посягань. Навіть ті злочинні посягання, які не спрямовуються безпосередньо проти життя, здоров'я, честі й гідності особи, тією чи іншою мірою завдають шкоди правам і свободам людини, спектр яких є невичерпним, або ж опосередковуються людським фактором. За відсутності реальних гарантій безпеки фізичних осіб усі інші гарантії економічної, соціальної й політичної безпеки держави та нації в цілому втрачають будь-який сенс. Б. Мартинов влучно зазначає: «Вважаємо наївним і просто безглуздим серйозно міркувати про якесь її відродження в умовах падіння «ціни» людського життя та пов'язаної із цим глибокої кризи соціальних і духовних засад людського буття» [15].

Загрози кримінологічній безпеці можуть як знаходитись безпосередньо в площині дії кримінального права, так і мати інший характер, спричиняючись різноплановими факторами. Однак для оцінки загрози як кримінальної має

встановлюватися криміногенність того чи іншого явища або процесу (інакше будь-яке явище й процес опосередковано могли б розглядатися як загроза кримінологічній безпеці). До речі, це ще один аргумент на користь упровадження до понятійного апарату юридичної науки саме терміна «кримінологічна безпека», а не «антикримінальна» чи «кримінальна». Ці соціально-негативні явища й процеси, які сприяють існуванню та розвитку злочинності, а також генеруванню її нових видів, правопорушення щодо низького рівня суспільної небезпеки, прояви девіантної поведінки, яка не отримала правової оцінки, можуть розглядатися як виклики й потенційні джерела кримінальних загроз, адже вони опосередковують злочинність, а також як її «фонові» явища [16]. Відповідно, вони входять до предмета досліджень кримінології, становлять щодо злочинності більш загальну систему, яка може частково в різних комбінаціях охоплюватись останньою або ж ставати рівновеликою щодо неї, виступають як деструктивні щодо кримінологічної безпеки фактори.

Процес реалізації загрози в загальному вигляді проходить два етапи, які в причинно-наслідковому ланцюгу розгортання загрози слідують за формуванням виклику. Перший етап – це процес формування загрози, здатної завдати шкоди, а другий – процес безпосередньої реалізації загрози, тобто заподіяння шкоди. Тому джерела загроз також можна поділити на джерела формування загрози та джерела, від яких виходить безпосередня загроза [17]. До першого виду належать причини та умови, що сприяють вчиненню злочинів, фонові явища злочинності тощо, які за відсутності належного реагування втрачають безадресний характер викликів і забезпечують генерування кримінальних загроз. До другого виду джерел загроз належить злочинність, а також носії цієї кримінальної загрози – злочинці, які, маючи відповідну соціально-психологічну установку на вчинення злочину, кримінальний досвід і професіоналізм, за сприяння криміногенних факторів готові реалізувати потенційну загрозу кримінологічній безпеці.

Якщо конкретизовані прояви злочинності вище було віднесено до кримінальних загроз, то чому ж злочинність розглядається і як загроза, і як джерело загрози? Насамперед слід зауважити, що злочинність – це явище, здатне до автопоетичного самовідтворення, за якого «виробник» не відрізняється від «продукту» [18; 19], який створює умови для свого існування й розвитку, а тому продуціює, зберігає та становить постійну кримінальну загрозу для будь-якого об'єкта національної безпеки. Виникає ще одне питання: якщо під загрозою розуміються фактори, здатні призвести до негативних змін системних характеристик об'єктів національної безпеки, то чи слід вважати загрозою злочин, тобто факт, який вже відбувся й завдав шкоди правоохоронюваним цінностям? Вважаємо це доцільним, оскільки, по-перше, вчинення злочину має стадії (готування, замах тощо); по-друге, вчинений злочин можна вважати кінцевою стадією розгортання загрози, або ж загрозою апостеріорною; по-третє, унаслідок автопоетичного характеру злочинності кожен новий факт вчинення злочину зміцнює зв'язки злочинності та зумовлює утворення нових, тому генерує негативні впливи у сфері реалізації функцій кримінального права, правоохоронної діяльності тощо.

Окрім диференціації джерел, можлива також диференціація загроз за видами, яка має на меті визначення масштабів, суспільної небезпеки, можливих об'єктів злочинних посягань, сприяючи таким чином конкретизації заходів щодо забезпечення кримінологічної безпеки. Кримінальні загрози можуть класифікуватися також відповідно до їх прояву в певних сферах суспільних відносин (на кшталт класифікації, наведеної в ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України» [1]) або за іншими критеріями.

Вид і характер загроз визначає основні напрями, на яких мають зосереджуватися зусилля щодо їхнього попередження й нейтралізації як на стратегічному, так і на тактичному рівні. Своєчасне виявлення загрози дозволяє виділити об'єкти, на які необхідно справити вплив, а також цінності, що потребують захисту. Чітке уявлення про джерела й носіїв загрози дає можливість знаходити найбільш ефективні методи впливу та захисту, форми організації роботи, а також обирати засоби для вирішення завдання забезпечення кримінологічної безпеки, які за своїми властивостями та якостями дозволять досягти максимального результату за мінімального використання ресурсів. При цьому слід враховувати, що кримінологічна безпека, як і національна безпека в цілому, є не абсолютним, а відносним поняттям, оскільки кримінальні загрози завжди існуватимуть в умовах існування людського суспільства, щодо якого злочинність являє собою відкриту систему [20, с. 76–79]. Тому стан повної відсутності кримінальних загроз є недосяжним. У свою чергу це свідчить про необхідність забезпечення соціально прийнятного рівня кримінологічної безпеки, як і національної безпеки в інших сферах.

Висновки. З огляду на специфіку деструктивних факторів (кримінальні загрози й виклики у сфері реалізації функцій кримінального права, правоохоронної діяльності органів державної влади та діяльності спецслужб щодо забезпечення національної безпеки) кримінологічна безпека може визначатися як інтегративна складова національної безпеки та стан об'єктів безпеки (особи, суспільства й держави, природи), у тому числі їх правоохоронюваних цінностей (прав і свобод особи, матеріальних і духовних цінностей суспільства, конституційного ладу, суверенітету й територіальної цілісності держави тощо), що характеризує їх здатність зберігати свої системні якості та взаємозв'язки, стабільно функціонувати, стало й прогресивно розвиватися, а також зазнавати найменшого впливу кримінальних загроз і супутніх викликів. Кримінологічна безпека, як і національна безпека в цілому, є не абсолютним, а відносним поняттям, оскільки кримінальні загрози завжди існуватимуть в людському суспільстві.

Література

1. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
2. Горшенков Г. Антикриминальная безопасность личности : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Г. Горшенков ; Северо-Кавказский гос. технический ун-т. – Ставрополь, 2009. – 447 с.

3. Плешаков В. Криминологическая безопасность в системе общественной безопасности / В. Плешаков, Н. Нечевина // Предупреждение преступности и обеспечение безопасности в городах : матер. междунар. науч.-практ. конф. (г. Москва, 7–8 апреля 1999 г.) / под ред. В. Игнатова, Д. Нечевина. – М. : Московский юрид. ин-т МВД России, 1999. – С. 135–144.
4. Плешаков В. Криминологическая безопасность и ее обеспечение в сфере взаимовлияния организованной преступности и преступности несовершеннолетних : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В. Плешаков ; Академия управления МВД России. – М., 2003. – 323 с.
5. Плешаков В. Основы теории криминологической безопасности / В. Плешаков // Актуальные проблемы теории и практики противодействия преступности в современной России : матер. Междунар. науч.-практ. конф. (г. Москва, 27 февраля 2013 г.). – М. : Изд-во СГУ, 2013. – С. 65–75.
6. Білоусова О. Поняття і ознаки кримінальної безпеки країни / О. Білоусова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 83–87.
7. Сафронов А. Преступность в России и криминальная безопасность органов внутренних дел : [монография] / А. Сафронов. – М. : Закон и право ; ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 415 с.
8. Тер-Акопов А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве / А. Тер-Акопов. – М. : ЮРКНИГА, 2003. – 480 с.
9. Бабаев М. Криминологическая безопасность в системе национальной безопасности (опыт структурного анализа) / М. Бабаев, В. Плешаков // Криминологический журнал. – 2005. – № 1. – С. 5–9.
10. Гордиенко В. Безопасность России в условиях глобализации (криминологические и социально-правовые проблемы) : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В. Гордиенко ; Тульский гос. ун-т. – М., 2005. – 409 с.
11. Овчинский В. Стратегия борьбы с мафией / В. Овчинский. – М. : СИМС, 1993. – 190 с.
12. Олейников Е. Основы экономической безопасности / Е. Олейников. – М. : ЗАО «Бизнес-школа», 1997. – 356 с.
13. Шаваев А. Криминологическая безопасность негосударственных объектов экономики / А. Шаваев. – М. : ИНФРА-М, 1995. – 126 с.
14. Аврутин Ю. Преступность и общество: проблемы социогенезиса : [монография] / Ю. Аврутин, В. Егоршин, С. Шапиев. – СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2000. – 362 с.
15. Мартынов Б. Защита национальных интересов / Б. Мартынов // Свободная мысль. – 1997. – № 1. – С. 106–112.
16. Кримінологія : [підручник для студ. вищих навч. закл.] / [О. Джужа, Я. Кондратьєв, О. Кулик, П. Михайленко та ін.] ; за заг. ред. О. Джужи. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 414 с.
17. Плешаков В. Криминологическая безопасность и ее обеспечение в сфере взаимовлияния организованной преступности и преступности несовершеннолетних : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В. Плешаков ; Академия управления МВД России. – М., 2003. – 323 с.
18. Dempster B. Sympoietic and autopoietic systems: A new distinction for self-organizing systems / B. Dempster // Proceedings of the World Congress of the Systems Sciences / J.K. Allen, J. Wilby (eds.). – Toronto : ISSS, 2000. – P. 90–95.
19. Palmer K. The Ontological Foundation of Autopoietic Theory : [A Tutorial] / K. Palmer [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://server.snni.com:80/~palmer/thinknet.html.
20. Криминология : [учебник для юрид. вузов] / под ред. А. Долговой. – М. : НОРМА – ИНФРА-М, 1999. – 786 с.

Анотація

Прокоф'єва-Янчиленко Д. М. **Кримінологічна безпека як інтегративна складова національної безпеки України.** – Стаття.

Статтю присвячено питанням кримінологічної безпеки, її змісту та місцю в системі національної безпеки України. Кримінологічна безпека розглядається як інтегративна складова національної безпеки, зумовлена специфікою деструктивних факторів – кримінальних загроз.

Ключові слова: злочинність, загроза, кримінологічна безпека, національна безпека.

Аннотация

Прокофьева-Янчиленко Д. М. **Криминологическая безопасность как интегративная составляющая национальной безопасности Украины.** – Статья.

Статья посвящена проблемам криминологической безопасности, ее содержанию и месту в системе национальной безопасности Украины. Криминологическая безопасность рассматривается как интегративная составляющая национальной безопасности, обусловленная спецификой деструктивных факторов – криминальных угроз.

Ключевые слова: преступность, угроза, криминологическая безопасность, национальная безопасность.

Summary

Prokof'yeva-Yanchylenko D. M. **Criminological security as a integrative component of national security of Ukraine.** – Article.

The article is devoted to the problem of criminological security, it's contents and place in the system of national security of Ukraine. Criminological security is considered as an integrative component of the national security, caused by the specifics of destructive factors – criminal threats.

Key words: crime, threat, criminological security, national security.

УДК 343.359.2:341

В. О. Рядінська

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ АМНІСТІЇ КАПІТАЛІВ В УКРАЇНІ З УРАХУВАННЯМ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ (ЧАСТИНА ПЕРША)

Останнім часом в Україні все частіше піднімається питання про оподаткування незаконних доходів фізичних осіб. За приклад такого оподаткування береться досвід США, де подібна практика застосовується ще з початку минулого століття. Згідно з американською моделлю задекларовані доходи фізичних осіб порівнюються з їх витратами, і в разі перевищення останніх вважається, що особа вдалася до ухилення від оподаткування, тому такі перевищення підлягають оподаткуванню.

У Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи)» від 28 грудня 2014 року № 71-VIII [1] (далі – проект Закону № 71-VIII), у якому пропонується механізм оподаткування доходів фізичних осіб у вигляді коштів у національній та іноземній валюті, як у готівковій, так і в безготівковій формі; банківських металів та інших валютних цінностей; цінних паперів; рухомого й нерухомого майна; часток (паїв) у майні юридичних осіб, у тому числі часток (паїв) у майні юридичних осіб або фінансових інструментів, належних чи переданих в управління іншій особі, щодо яких особа є вигодоодержувачем, інших майнових (речових) і немайнових прав, які можуть бути об'єктом комерційних операцій; доходів та майна, з яких не було сплачено податки й збори до бюджетів та/або які не були задекларовані в порушення законодавства з питань оподаткування, валютного регулювання, а також суми неповернутих (виданих, отриманих) позик (кредитів) або інших боргових зобов'язань особи за укладеним нею цивільно-правовим договором тощо, які будуть виявлені контролюючим органом за результатами проведеної документальної перевірки із застосуванням методу контролю за витратами й доходами платників податків – фізичних осіб. Фактично зазначений законопроект передбачає здійснення контролю з боку фіскальних органів за отриманими доходами та здійсненими витратами фізичних осіб. За вияв-

© Рядінська В. О., 2014

лення перевищення останніх сума перевищення автоматично визнається незаконними доходами, що підпадають під оподаткування, тобто пропонується американська модель оподаткування незаконних доходів, ставку податку на які пропонується встановити в 30% суми таких доходів.

Водночас застосування подібного порядку оподаткування не можливе без повної інвентаризації доходів і майна фізичних осіб в Україні, яке вони вже мають на сьогодні. За інших умов фізична особа, перевищення витрат якої над доходами буде виявлено в певному періоді, завжди зможе послатися на заощадження, зроблені нею раніше, в іншому періоді. Так, якщо фізична особа в 2015 році задекларує суму отриманих доходів у 100 тис. грн, а придбає в цьому ж році квартиру за 1 млн грн, то невідповідність між витратами й доходами вона може пояснити накопиченнями, зробленими протягом минулих років.

У США податкова база щодо наявності у фізичних осіб коштів, майна тощо формувалася протягом значного періоду, а в Україні вона фактично відсутня. За винятком інформації, що міститься в Державному реєстрі прав на нерухоме майно (у якому закріплюється право власності на нерухоме майно в Україні), на підставі якої можна зробити висновок про наявність в особи певного нерухомого майна, у фіскальних органів України інформації щодо наявності у фізичних осіб коштів, майна тощо практично немає.

Для вирішення цієї проблеми розробники проекту Закону № 71-VIII пропонують зобов'язати фізичних осіб до одноразового декларування – особливого порядку декларування фізичними особами коштів, майна, цінностей тощо (підрозділ 9-2 проекту Закону № 71-VIII) за таких умов: 1) фізичні особи звільнятимуться від необхідності зазначення в декларації інформації про джерела походження об'єктів декларування; 2) держава гарантує суб'єктам одноразового декларування, які подали разову декларацію, що щодо них не буде порушено кримінального чи адміністративного провадження з підстав порушення податкового чи іншого законодавства у зв'язку з отриманням задекларованих об'єктів декларування; 3) у разі неподання разової декларації для визначення зобов'язань щодо податку на доходи фізичних осіб із застосуванням методу контролю за витратами й доходами в майбутніх періодах задекларованими вважаються вартість активів фізичної особи-платника податків у розмірі 200 тис. грн та вартість інших активів; 4) під час декларування готівкових коштів у сумі понад 200 тис. грн такі кошти мають бути внесені на рахунки в банки до дня подання декларації та зберігатися на них не менше року з дня внесення на банківський рахунок; 5) у разі декларування готівки в сумі понад 200 тис. грн без внесення на банківські рахунки фізична особа протягом місяця з дня завершення строку здійснення разового декларування повинна сплатити до бюджету 3% задекларованої суми.

Розробники проекту Закону № 71-VIII вважають, що після одноразового декларування коштів і майна фізичними особами органи фіскальної служби України отримають базову інформацію щодо наявності у фізичних осіб коштів, майна тощо, після чого до них може застосовуватися

перевірка отриманих доходів і понесених витрат шляхом застосування нового методу контролю – контролю за витратами й доходами платників податків – фізичних осіб (ст. 39-2 проекту Закону № 71-VIII). На підставі наявної податкової інформації, сформованої шляхом узагальнення й систематизації інформації, поданої в одноразових деклараціях, органи фіскальної служби України під час порівняння доходів фізичних осіб за певний період, задекларованого як наявного майна (коштів) і витрат, понесених фізичною особою в цьому періоді, зможуть зробити висновок про відповідність отриманих доходів понесеним витратам; за умови визначення невідповідностей між ними (наприклад, коли витрати перевищуватимуть доходи та вартість задекларованого в порядку одноразового декларування наявного майна, коштів тощо) органи фіскальної служби України визначатимуть такі невідповідності як незаконні доходи та відноситимуть їх до доходів, що підлягають оподаткуванню податком на доходи фізичних осіб.

Таким чином, проект Закону № 71-VIII пропонує фізичним особам «висвітлити» доходи, отримані до певного, визначеного в цьому законі моменту, і в разі, якщо вони отримані незаконно, гарантує не притягувати осіб до відповідальності за їх отримання (оскільки особам обіцяно непритягнення до відповідальності у зв'язку з незаконним отриманням задекларованих об'єктів декларування), тобто фактично розробники цього законопроекту пропонують запровадити в Україні економічну амністію.

На переконання науковців, сутність економічної амністії полягає в адміністративних та економічних заходах, спрямованих на повну або часткову легалізацію фінансових ресурсів тіньового бізнесу й господарських процесів, що раніше вважалися незаконними, а також помилування осіб, які вчиняли ці дії, створення економічних умов для «висвітлення» нелегального капіталу або повернення капіталу, що був вивезений за межі країни й осів в іноземних банках і компаніях [2, с. 18]. Економічна амністія буває двох видів: амністія капіталів (коли легалізуються незаконні доходи) та податкова амністія (коли «пробачаються» несплачені податки, штрафи, пені, заборгованості тощо) [3, с. 45]. З огляду на зміст проекту Закону № 71-VIII констатуємо, що його розробники пропонують провести в Україні амністію капіталу.

Пропозиції щодо амністії капіталу лунають в Україні давно. Уперше її запровадження на державному рівні було запропоновано в 2012 році О. Клименком [4, с. 5] за схемою, подібною запропонованій у проекту Закону № 71-VIII: фізичні особи повинні були б заповнити разову (нульову) декларацію, у якій вказати всі наявні в них капітали, нерухомість, кошти, майно тощо, не визначаючи джерела отримання доходу в цілях можливості майбутнього порівняння отриманих доходів і витрат у цілях оподаткування, за умов непритягнення їх до кримінальної й адміністративної відповідальності за порушення законодавства, до якого вони могли вдаватися під час отримання цих капіталів, майна, коштів тощо. Обґрунтування проведення амністії капіталу базувалося на необхідності детінізації капіталу (за підрахунками спеціалістів від 30 до 50% капіталу в Україні

знаходилося «в тіні») та прогресивності зарубіжного досвіду щодо проведення різного роду економічних амністій [4, с. 7].

Запровадження амністії капіталів за запропонованою схемою не отримало широкої підтримки, а Група розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (The Financial Action Task Force, далі – FATF), що розробляє міжнародні стандарти у сфері протидії відмиванню злочинних доходів і фінансуванню тероризму, прямо зазначила, що амністія капіталу, яка пропонується в Україні, суперечить міжнародним стандартам у сфері протидії відмиванню злочинних доходів, оскільки являє собою легалізацію незаконних доходів, отриманих від корупції, торгівлі наркотичними засобами та/або зброєю, проституції тощо, на державному рівні та без притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні цих злочинів. Фактично такий захід надасть «індульгенцію» всім злочинцям, винним у скоєнні злочинів, що призвели до отримання незаконних грошей, і легалізацію таких злочинів. За правилами FATF амністія не повинна передбачати навіть часткового звільнення від дотримання законів про протидію відмиванню грошей [5]. На думку Н. Різник, запровадження Україною амністії капіталів за запропонованою схемою фактично перетворило б її уряд на співучасника всіх злочинів, унаслідок яких було отримано незаконні доходи [6, с. 226].

Після зміни уряду України амністію капіталу, що пропонувалася до проведення, було засуджено як злочинні наміри корумпованої влади, спрямовані на легалізацію капіталів, набутих злочинним шляхом, а фактично – на амністування незаконних доходів на державному рівні, забезпечення власних інтересів із боку перших осіб держави, які прагнули насамперед легалізувати власні доходи, отримані злочинним шляхом [7].

Саме тому погодження в першому читанні проекту Закону № 71-VIII викликає закономірне питання: чому амністія капіталу знову пропонується законодавцем? А. Яценюк, який є одним із розробників вищевказаного проекту, зазначає, що практика амністії капіталу відповідає європейським стандартам [8].

Дійсно, зарубіжні країни у своїй практиці застосовували різного роду економічні амністії. Уперше амністію капіталів було запроваджено в США в 1930-х роках, коли урядом було запроваджено амністію капіталів, отриманих від торгівлі алкоголем під час «сухого закону» [9]. Потім цей досвід було застосовано Швейцарією, яка після Другої світової війни ввела амністію банківських вкладів Третього рейху [10, с. 87]. Не можна не відзначити неоднозначний підхід із боку міжнародної спільноти до цієї амністії. Деякі країни не визнали її та донині ведуть із Швейцарією переговори щодо повернення незаконно отриманих нацистами капіталів (наприклад, Ізраїль).

З того часу економічна амністія (у вигляді як амністії капіталів, так і податкової амністії) запроваджувалася в Аргентині, Бельгії, Ірландії, Італії, Індії, Німеччині, Пакистані, Філіппінах, Франції та інших країнах.

Не можна однозначно говорити про виключну позитивність зарубіжного досвіду щодо запровадження економічної амністії.

Негативний досвід амністії капіталів має Аргентина, яка в 1987 році запровадила амністію капіталів за умови їх вкладення в національні інвестиційні фонди для придбання обладнання, створення нових виробничих місць, подальшої індустріалізації країни [11, с. 55]. М. Ніколаєв слушно зауважує: «Дарма урядовці розраховували на те, що особа, яка отримала доходи власною працею (навіть незаконною), передасть їх для використання комусь іншому, який нібито знає, як їх доцільніше використати» [12, с. 101]. Отже, амністія капіталів, яка передбачає повне вилучення таких капіталів, заздалегідь приречена на провал.

Негативні результати проведеної амністії капіталів має також Бельгія. Згідно із запровадженою цією країною в 2004 році амністією бельгійці, які мали капітали в банківських установах інших країн, могли без будь-яких санкцій повернути їх до Бельгії, сплативши податок у розмірі 6%, якщо відрепатрійований капітал інвестувався в акції бельгійських компаній не менше ніж на 3 роки, або 9% сум коштів, які просто репатріювалися. З огляду на те, що з початку 2005 року набувала чинності Європейська директива про інвестиції, відповідно якої всі банки Європейського Союзу (у тому числі Люксембурга, у банківських установах якого зберігалися основні капітали фізичних осіб-резидентів Бельгії) повинні були надавати дані про вклади нерезидентів в органи фінансового контролю країн, громадянами яких є нерезиденти, а від Швейцарії та Ліхтенштейну, які не входять до Європейського Союзу (далі – ЄС), Єврокомісія добилася запровадження значних ставок податків на вклади в банківських установах цих країн для нерезидентів із країн ЄС, що зробило невигідним зберігання там капіталів, уряд Бельгії розраховував, що в країну повернуться 10–15 млрд євро, з яких буде сплачено близько 850 млн євро. Проте його сподівання не виправдалися: у Державний бюджет Бельгії було повернено близько 1 млрд євро, з яких було сплачено трохи більше 50 млн євро – 6% очікуваних надходжень. Причина такого гучного фіаско полягала в тому, що напередодні набуття чинності Європейської директиви про інвестиції уряд Бельгії уклав додаткову угоду з Люксембургом про неподання банками цієї країни інформації про вкладників-нерезидентів із Бельгії [10, с. 89]. Отже, для ефективного запровадження амністії капіталів, що здійснюється з метою репатріації вивезених доходів та їх оподаткування, необхідно відстоювати власні інтереси на міжнародному рівні та укладати такі міжнародні угоди, які забезпечуватимуть насамперед інтереси країни, яка запроваджує цю амністію.

Запровадження амністії капіталів в Індії також не принесло позитивних результатів. У країні, де мешкають більше мільярда осіб, а податок на доходи сплачують менше 5%, легалізація капіталів була вкрай необхідною. Проте її запровадження в 1997 році фактично нівелювалося втручанням податкових органів, які стали проводити перевірки джерел отримання доходів, унаслідок чого в бюджет Індії надійшло лише 2,5 млрд доларів замість очікуваних 10 млрд [13]. З того часу уряд Індії проводить амністії капіталу раз на 10 років, намагаючись поповнити бюджет, проте кожного

нового разу результати таких амністій є гіршими, ніж попередні. З одного боку, підірвано довіру до уряду щодо забезпечення конфіденційності отриманих доходів, а з іншого – фізичні особи не поспішають легалізувати доходи та сплачувати податки в очікуванні умов нових амністій (розраховуючи на більші пільгові умови) [13]. Тобто важливою умовою ефективності проведення амністії капіталу є довіра населення уряду, віра в те, що уряд не з'ясовуватиме джерела надходження доходів та пробачить тих, хто легалізує свої доходи й сплатить податки. Крім того, періодичне проведення амністій капіталу приводить до того, що особи не поспішають легалізувати незаконні доходи та сплатити податки в очкуванні більш вигідних пропозицій амністії.

Отже, більшість країн, у яких проводилися економічні амністії, не можуть похвалитися значними успіхами в цьому питанні. Водночас світова історія проведення економічних амністій знає також позитивні приклади.

Найбільш показовим (навіть зразковим) у межах ЄС у цьому питанні є досвід Італії, яка вперше в 1982 році застосувала «Scudo Fiscale» – амністію капіталів, які платники податків приховували в інших країнах. На той час у цій країні утворилася ситуація, коли в північних районах Італії швейцарські банки розгорнули мережу власних філіалів і відділень, що надавали можливість анонімно керувати рухом коштів на їх рахунках та переводити на них будь-які суми, чим скористалися італійці, які отримували незаконні доходи, внаслідок чого з Італії «пішли» мільярди лір. Для повернення капіталів та поповнення державного бюджету італійський уряд вдався до «амністії капіталів»: фізичні особи могли повернути доходи, що знаходилися в швейцарських банках і банках інших країн, без визначення джерел отримання таких доходів (за умови сплати податку на такі доходи у вигляді 2,5%) та розмістити їх у банках Італії. Успіх проведеної амністії був приголомшливим: надходження від оподаткування «амністованих» доходів склали 45,4 млрд лір [14, с. 88]. Отже, під амністію потрапляли не всі доходи платників податків, а лише ті, що знаходилися за кордоном та були репатрійованими під юрисдикцію Італії.

До подібного заходу уряд Італії вдався також у 2001–2002 роках, коли згідно з «Decreto Legge» було запроваджено амністію капіталів і податкову амністію, за яких легалізувалися незаконні доходи та «прощалися» не сплачені з них податки. Застосовувалося два способи амністії капіталу: репатріація або легалізація. Репатріація пропонувалася щодо капіталу або фінансових інструментів, які знаходилися за кордоном, коли умовою амністії було повернення коштів під юрисдикцію Італії. Натомість легалізація застосовувалася щодо іншого майна, яке не знаходилося за межами країни. Вибір способу здійснював платник податків, який висловлював волю у відповідній декларації, у якій визначалося, яким чином здійснюється амністія: без переміщення коштів під італійську юрисдикцію чи з переміщенням. Від вартості задекларованого майна особа повинна була сплатити 2,5% податку або придбати державні цінні папери на суму, що дорівнювала 12% вартості майна, яке легалізовувалося чи репартійовува-

лося. При цьому не підлягали амністії капітали або майно, що були набуті внаслідок корупції, терористичних акцій та інших кримінальних злочинів [15, с. 6]. Виконавчий орган, до якого подавалася зазначена декларація, був зобов'язаний видати сертифікат конфіденційного внеску з метою легалізації, що виступав гарантом конфіденційності й містив такі пункти: звільнення особи від сплати податкових заборгованостей та аудиту з легалізації; ліквідування облікових записів податкових заборгованостей, пені, штрафів щодо капіталу або майна, що надається для легалізації; зберігання повної конфіденційності всіх транзакцій щодо репатріації капіталу для податкових органів соцзабезпечення й фінансових структур, які не залучені до амністії; оподатковування податком доходу від капіталу або майна, що надається до легалізації, отриманого за період з 1 серпня 2001 року до репатріації через фінансовий інститут, що здійснює репатріацію, зберігання конфіденційності; незаповнення податкової декларації до закінчення легалізації й репатріації капіталу або майна тощо. Зазначений сертифікат надавав право заявнику на оскарження можливих претензій і розслідувань щодо майна, заявленого до легалізації за фактами, що мали місце до легалізації [14, с. 89]. Одночасно з амністією капіталів було посилено заходи відповідальності за порушення податкового законодавства. Наприклад, якщо до амністії штраф за приховування доходів складав 250–300 євро, то після амністії – від 5 до 25% суми прихованих доходів. Також було запроваджено конфіскацію майна на таку ж суму. За результатами проведеної амністії надходження до державного бюджету Італії в 2001 році становили 68,1 млрд євро, у 2002 році – 91,7 млрд євро. Крім того, значні суми готівкових коштів було повернуто в країну. При цьому європейське суспільство особливо вразило те, що більшу частину таких коштів було переведено зі швейцарських банків, надійність яких відома в усьому світі. Так, згідно зі звітом швейцарського банку USB за 1 квартал 2002 року вкладники-резиденти Італії перерахували половину коштів, виведених із цього банку, у його дочірню структуру – банк USB Italia, тобто фактично повернули до Італії. За підрахунками експертів уряд Італії амністував 30 млрд євро з близько 500 млрд євро, які було вивезено за кордон після Другої світової війни [14, с. 90].

Водночас позитивні наслідки проведеної в Італії амністії капіталу обумовлювалися не лише вивіреними діями італійського законодавця. На переконання аналітиків, важливу роль відіграв відповідний настрій суспільства, віра італійців у власний уряд, у те, що він заради нових інвестицій «заплющить очі» на джерела походження доходів. Не останню роль відіграла також рекламна кампанія «Податковий щит», яку було проведено із застосуванням усіх останніх піар-технологій, а також послідовність дій уряду й дотримання ним наданих гарантій.

Отже, запровадження Італією економічної амністії мало такі особливості: 1) амністія спрямовувалася насамперед на репатріацію доходів, які виводилися резидентами Італії в інші країни з метою приховання реальних доходів та ухилення від оподаткування; 2) легалізація незаконних доходів

не охоплювала доходи від корупції, терористичних акцій та інших кримінальних злочинів; 3) проведенню амністії передувала зовнішня й внутрішня політика уряду та рекламна кампанія щодо створення віри в населення, що осіб, які сховали власні доходи за кордоном, не буде притягнуто до відповідальності, а також уряд забезпечить конфіденційність отриманої інформації про легалізовані доходи.

Також успішним вважається досвід Туреччини, у якій уперше в 1998 році було запроваджено неекономічну амністію капіталу. Згідно з її умовами всі капітали, покладені на рахунки в банки Туреччини, легалізовувалися, при цьому податки з них не сплачувалися, джерела походження не з'ясовувалися. У результаті цієї амністії було легалізовано більше 20 млрд доларів США, що обумовило економічний ривок Туреччини. З того часу амністію капіталів у Туреччині проводили вже п'ять разів; за підрахунками аналітиків кожен четвертий громадянин Туреччини брав участь в амністії капіталів [13]. Остання амністія капіталу, що відбулася в цій країні в 2013 році, уже не була неекономічною, вона передбачала оподаткування легалізованих доходів за ставкою 2% вартості легалізованого майна та принесла в бюджет 700 млн доларів (за легалізації майна на суму 35 млрд доларів) [16]. Причиною успіху Туреччини під час проведення амністії капіталу був насамперед неекономічний характер перших амністій капіталу, а пізніше – формування стійкої довіри в населення до уряду під час проведення таких амністій, віри в те, що джерела походження капіталу не перевірятимуться, а до осіб, які їх легалізують, не буде застосовуватися покарання.

Запровадження амністії капіталу в Україні повинне враховувати позитивний і негативний досвід зарубіжних країн у цьому питанні. Шляхи запровадження амністії капіталів в Україні з урахуванням зарубіжного досвіду буде розглянуто нами в наступних публікаціях.

Література

1. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи) : проект Закону України від 28 грудня 2014 року № 71-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53072.
2. Левенков Н. Экономическая амнистия капитала / Н. Левенков, Н. Стах // Байка□скі веснік. – 2004. – Май. – С. 18–22.
3. Астахов С. Амнистия амнистии рознь / С. Астахов // Ваш налоговый адвокат. – 2007. – № 7. – С. 45–49.
4. Сыченко Е. Главный налоговик страны Александр Клименко подробно рассказал о новых инициативах Государственной налоговой службы / Е. Сыченко // Эксперт. – 2013. – № 2. – С. 4–8.
5. Рекомендации ФАТФ. Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения. – пер. с англ. – М. : Вече, 2012. – 176 с.
6. Різник Н. Концептуальні підходи до проведення економічної амністії капіталу / Н. Різник // Економічний форум. – 2012. – № 2. – С. 220–228.
7. Україна як учасник злочинного угруповання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://economics.lb.ua/state/2014/04/08/262344_8090_ukrainskogo_biznesu-.html.
8. Декларировать доходы обяжут каждого украинца [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravda.com.ua/rus/news/2014/12/9/7046934.

9. Гэтсби и другие бутлегеры [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.svoboda.org/content/article/25191176.html.
10. Каленяк Р. Амністія капіталу як економіко-правовий засіб прискорення суспільно-економічного розвитку / Р. Каленяк // Сучасні питання економіки і права. – 2012. – № 2. – С. 86–92.
11. Кричевский Н. Амнистия капиталов: зарубежный опыт и российские перспективы / Н. Кричевский // Финансы. – 2006. – № 9. – С. 54–57.
12. Николаев Н. Налоговая амнистия: не надо требовать мзды / Н. Николаев // Ведомости. – 2001. – № 126. – С. 89–104.
13. Мировой опыт амнистии капиталов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pnk.kg/index.php/legalizatsiya-dokhodov-i-imushchestva/158-mirovoj-opyt-amnistii-kapitala.
14. Соловьев И. О некоторых элементах государственной политики Итальянской Республики в сфере налогообложения / И. Соловьев // Финансовое право. – 2012. – № 10. – С. 87–93.
15. Басманов Е. Италия борется с налоговыми уклонениями / Е. Басманов // РБК daily. – 2011. – № 5. – С. 6–7.
16. Турция делится опытом в амнистии капитала [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://24.kz/ru/novosti2/v-mire/item/16152-mirovoj-opyt-provedeniya-amnistii-kapitala.

Анотація

Рядінська В. О. **Перспективи запровадження амністії капіталів в Україні з урахуванням зарубіжного досвіду (частина перша).** – Стаття.

Аналізуючи проект Закону України про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи), яким запроваджується порядок разового декларування фізичними особами коштів і майна, автор доходить висновку про спробу запровадження в Україні амністії капіталів. Автор розглядає світовий досвід запровадження амністії капіталів, як негативний (в Аргентині, Бельгії, Індії, країнах пострадянського простору), так і позитивний (в Італії, Туреччині), визначає причини й наслідки таких амністій, на підставі чого розробляє пропозиції запровадження амністії капіталів в Україні.

Ключові слова: економічна амністія, амністія капіталів, разова (нульова) декларація.

Аннотация

Рядинская В. А. **Перспективы внедрения амнистии капиталов в Украине с учетом зарубежного опыта (часть первая).** – Статья.

Анализируя проект Закона Украины о внесении изменений в Налоговый кодекс Украины (относительно налоговой реформы), которым вводится порядок разового декларирования физическими лицами денежных средств и имущества, автор приходит к выводу о попытке проведения в Украине амнистии капиталов. Автор рассматривает мировой опыт проведения амнистии капиталов, как негативный (в Аргентине, Бельгии, Индии, странах постсоветского пространства), так и положительный (в Италии, Турции), определяет причины и последствия таких амнистий, на основании чего разрабатывает предложения по введению амнистии капиталов в Украине.

Ключевые слова: экономическая амнистия, амнистия капиталов, разовая (нулевая) декларация.

Summary

Ryadinskaya V. A. **Prospects of introduction of capital amnesty in Ukraine, taking into account foreign experience (part one).** – Article.

Analyzing the draft Law of Ukraine on amendments to the Tax Code of Ukraine and laws of Ukraine (on tax reform), establishing a single procedure for declaring individuals funds and property of the author concludes attempt to introduce in Ukraine amnesty capital. The author considers the introduction of international experience amnesty capital, both negative (Argentina, Belgium, India, the former Soviet countries) and positive (Italy, Turkey), defines the causes and consequences of such amnesties, whereby developing proposals introduce amnesty capital in Ukraine.

Key words: economic amnesty, amnesty of capital, single (zero) return.

УДК 340.114

І. М. Ситар

МЕТОДОЛОГІЯ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА В КОНТЕКСТІ АКУЛЬТУРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ (СТРУКТУРНИЙ І СИСТЕМНИЙ АНАЛІЗ)

Постановка проблеми. Для аналізу акультурації в праві варто використовувати весь методологічний інструментарій, вироблений юридичною наукою, порівняльним правознавством та іншими гуманітарними науками.

У словниках термін «методологія» тлумачать у двох значеннях: 1) сукупність прийомів, що застосовуються в будь-якій науці відповідно до специфіки об'єкта її пізнання; 2) вчення про науковий метод пізнання й перетворення світу [1, с. 553].

Термін «методологія» в буквальному сенсі означає вчення про методи пізнання (лат. logos – наука, знання, метод). У літературних джерелах подаються різноманітні тлумачення поняття «методологія»: 1) найбільший філософський метод пізнання; 2) система методів, що використовується тією чи іншою наукою; 3) особлива галузь знань, що слугує своєрідним джерелом забезпечення методів дослідження; 4) для конкретних наук філософське вчення про методи пізнання та практики [2, с. 64].

Звернення до методології зумовлюється прогресивним розвитком науки, вирішенням раніше невирішених проблем. Така інтенсивність насамперед визначається потребами більш глибокого розуміння та всебічного пізнання складних процесів суспільного буття й перспектив його перетворення, що стало тенденцією її сучасного поступового розвитку [3, с. 60–61].

Для аналізу акультураційних процесів методологію варто розуміти як сукупність знань про методи та їх взаємодію, особливо в частині застосування філософської методології загалом і порівняльно-правового методу зокрема для аналізу цих явищ. Це пов'язано з тим, що процеси взаємодії, «діалоговості» правових систем потребують дослідження в контексті сучасного біполярного світу.

Вважаємо за доцільне розглядати методологію як вчення про методи пізнання й перетворення дійсності, застосування принципів світосприйняття до процесу пізнання, духовної творчості та практики.

© Ситар І. М., 2014

Стан дослідження. Дослідження акультурації в праві вимагає певного методологічного інструментарію, який аналізувався в працях вітчизняних і зарубіжних дослідників: Л.А. Луць, П.М. Рабіновича, М.С. Кельмана, Н.М. Оніщенко, М.І. Козюбри, О.Д. Тихомирова, М.А. Дамірлі, В.М. Сирих, Ю.О. Тихомирова, М.М. Марченко, В.С. Нерсесянца та інших, які розробили концептуальні засади методології дослідження акультураційних процесів.

Виклад основного матеріалу. Методологія порівняльного правознавства, будучи явищем інтегральним, містить методи, підходи, принципи й засоби, якими визнається стратегія наукового пізнання правових систем світу. Результати наукової і практичної діяльності людей залежать не тільки від того, хто діє (суб'єкт) чи на що спрямована пізнавальна діяльність (об'єкт), а й від того, з допомогою якого методологічного інструментарію здійснюється сам пізнавальний процес [4, с. 3].

Методологія наукового пізнання в процесі аналізу акультураційних процесів повинна базуватися на визначених для неї принципах: а) єдності теорії та практики; б) визначеності; в) конкретності; г) пізнавальності; д) об'єктивності; е) причинності; є) розвитку [6, с. 12].

Доцільно зазначити, що юридична методологія загалом і методологія порівняльного правознавства зокрема базуються на загальнофілософських принципах. Основні поняття й категорії запозичуються із загальної методології, певним чином моделюючи ситуацію, що стосується правових аспектів; у такий спосіб відбувається адаптація до юриспруденції чи порівняльного правознавства. В.С. Нерсесянц визначає це як процес юридизації загальнофілософської методології, під яким розуміє юридико-понятійну трансформацію інших неюридичних методів і дисциплін, їх перетворення з позиції права та їх включення в новий пізнавально-сенсовий контекст предмета й метода юридичної науки [7, с. 23].

Щоби методи та способи інших наук були застосовані як прийоми власне юридичного пізнання, як пізнавальні засоби й компоненти самого юридичного методу, юридизація методів інших наук є необхідною умовою й вимогою методологічної та предметної однорідності й чистоти юридичної науки [7, с. 23].

Безперечно, у юридичній науці активно використовуються загальні та загальнонаукові методи. Це закони діалектики, методи й прийоми логіки, системного та структурно-функціонального метод-аналізу, моделювання, експериментування тощо.

Отже, методологія юридичної науки в цілому й порівняльного правознавства зокрема повинна позбуватися методологічного монізму. І чим ширшою буде система юридизованих методів, тим ефективнішим буде наукове дослідження в галузі права.

Сучасні дослідники-компаративісти зазначають, що «будь-яка наукова діяльність немислима без філософського підходу до пояснення явищ, що складають об'єкт дослідження тієї чи іншої науки. Незалежно від того, усвідомлюють це вчені чи ні, вони використовують ті філософські кон-

цепції, теорії, доктрини, які відповідають їх світогляду й певною мірою визначаються ідеологічними поглядами, практичним досвідом та іншими чинниками. Філософська методологія є методологією найвищого рівня узагальнення. Жодні спеціально-наукові рівні методологічного аналізу (хоча вони можуть мати світоглядне значення) не можуть надати світогляду філософсько обґрунтованого характеру» [8, с. 183].

На основі філософської методології створюється філософсько-світоглядний фундамент, що базується на різноманітних теоріях, концепціях, парадигмах і т. д., які вироблені століттями в процесі людської діяльності. Зокрема, це концепції позитивізму, природного права, екзистенціоналізму, сучасної феноменології й синергетики, які є джерелом міждисциплінарних підходів до методології порівняльного правознавства й дослідження акультураційних процесів як на макро-, так і на мікрорівні.

Необхідність розвитку й удосконалення методології сучасного порівняльного правознавства зумовлена як ускладненням і динамізмом об'єкта пізнання – правової реальності, так і самого процесу наукового пізнання та його засобів. Поява нових та удосконалення наявних наукових методів зумовлені необхідністю точного й адекватного відображення всього різноманіття та складності правової реальності. Вимоги всебічності й точності результатів конкретного юридичного дослідження постають із необхідності комплексного використання різних методів у їх єдності та взаємодоповненні.

На сучасному етапі проникнення в юридичну науку загалом і порівняльне правознавство зокрема способів, прийомів і процедур дослідження, притаманних іншим наукам, не є механічним процесом, а супроводжується відповідною їх перебудовою, трансформацією, пристосуванням до специфіки об'єктів правової дійсності [9, с. 90–91].

Наприклад, філософсько-правова методологія активно застосовується для дослідження акультураційних процесів. Синергетика як наука про самоорганізаційні й самореалізаційні процеси допомагає спрогнозувати подальший розвиток різних державно-правових явищ.

Нелінійний процес діалоговості правових культур відрізняється від однолінійних процесів розвитку матерії. Синергетика виходить із того, що всі природні й суспільні системи розвивають нелінійно, з великою часткою випадковості, яка є генератором нового в цих системах. Саме воно обумовлює саморозвиток, самоорганізацію системи, які у свою чергу забезпечують її впорядкованість [10; 11].

Такі положення починають застосовуватись у вітчизняному порівняльному правознавстві під час аналізу правових систем, зокрема для розуміння акультураційних процесів, які відбуваються в Західній, Центральній і Східній Європі. Це стосується інтеграційних процесів, що відбуваються й будуть відбуватися в Україні. Такий підхід відкриває широкі можливості для нового бачення історії становлення й сучасного стану національних правових систем і їх подальшого розвитку. Варто погодитися з М.І. Козюброю, який у праці «Методологія права: концептуальні підходи» зазначає, що право за своєю природою – це результат багатофакторного впливу: природного й

соціального, економіки й політики, ідеології та психології, релігії й моралі, національної культури та традицій і т. д. Причому принципове значення має не стільки якийсь окремий із названих чинників, скільки спосіб взаємодії між ними, який у різні історичні періоди, епохи був різним [12, с. 24].

Інтеграційні процеси – це взаємодія насамперед між культурними феноменами, між правом різних народів, що загалом становить акультурацію в праві. Також варто зазначити, що європейський правовий простір утворювався з єдиного права, з формування єдиного правового світогляду.

Аналізуючи акультураційні процеси, треба констатувати, що вони ґрунтуються на найважливіших постулатах діалектики, принципах діалектичної логіки, на історичному підході й реалізуються в певній системі.

Правові системи як об'єкти порівняльного правознавства є складними поліструктурними утвореннями, тобто являють собою цілісний комплекс взаємопов'язаних елементів; ці елементи правової системи у свою чергу становлять системи нижчого, порівняно з правовою системою, порядку; остання входить як елемент до системи вищого порядку – суспільства; правова система та її елементи утворюють єдність із середовищем, у якому вони функціонують.

Мета застосування методологічних засобів системного підходу полягає в тому, щоб адекватно зрозуміти картину взаємозв'язків усіх елементів, проаналізувати їх взаємодію, тобто в нашому випадку – взаємозв'язки правової системи та її елементів із зовнішнім середовищем, іншими соціальними системами: політичною, економічною, моральною, релігійною і т. д. [13, с. 132]. Що стосується взаємодії правової системи із зовнішнім середовищем, то це взаємодія з іншими правовими системами, що утворює акультураційну діалоговість.

Як зазначає О.Ф. Скакун, у дослідженнях у галузі порівняльного правознавства можливі два шляхи динаміки методів: 1) через комбінацію існуючих елементів компаративного методу (провідного в порівняльному правознавстві) і створення таким шляхом нових дослідницьких моделей і конструкцій (під час вирішення наукових завдань); 2) через освоєння нових моделей, залучення нових методологічних засобів і процедур (що реалізуються під час виникнення наукових проблем) [14, с. 9].

У сучасний період повинен існувати міждисциплінарний обмін, який проявляється в ході дослідження комплексних наукових проблем, для вирішення яких потрібно й об'єктивно необхідно застосовувати ідеї й методи інших наук як на макро-, так і на мікрорівнях.

Загальнофілософський рівень пізнання є базисом акультураційних процесів, основою формування методології порівняльного правознавства, яка відображає проблему юридизації загальнофілософської методології.

Поняття методології юридичної науки охоплює: а) систему підходів і методів, способів і засобів наукового пізнання; б) вчення (теорію) про їх використання під час дослідження державно-правових явищ [15, с. 168].

На думку Д.А. Керімова, методологія – явище, яке об'єднує низку компонентів: світогляд і фундаментальні загальнотеоретичні концепції, загаль-

ні філософські закони й категорії, загальні й спеціальні наукові методи [16, с. 46]. Отже, під методологією розуміють весь комплекс пізнання юридичної дійсності в цілому й розуміння акультураційних процесів зокрема.

Сучасна багаторівнева методологія науки пов'язана з наявністю складних пізнавальних конструкцій і ситуацій [17, с. 20–21], із модифікацією об'єкта та предмета юридичної науки [18, с. 75], зі змінами самих явищ, що становлять об'єкт дослідження [19, с. 8].

Порівняльне правознавство використовує фактично весь методологічний арсенал юридичної науки, тому методологія компаративістики не може обмежитися лише застосуванням порівняльно-правового методу [20, с. 10].

Як зазначає вітчизняний дослідник М.С. Кельман у праці «Юридична наука: проблеми методології», основні категорії юридичної методології базуються на загальнонауковій методології; водночас, враховуючи спеціальний предмет дослідження, використання тільки загальних методів недостатньо для його вивчення. Необхідно застосувати спеціальні методи, що дозволяють ефективно досліджувати специфіку предмета юриспруденції, тобто предмету відповідної науки повинні відповідати методи її вивчення. Фактично кожна наука наділена самостійними методами дослідження [5, с. 434].

Під час аналізу акультураційних процесів варто застосовувати багаторівневу методологію порівняльного правознавства.

До багаторівневої методології порівняльного правознавства й аналізу акультурації варто віднести чотири групи методів: 1) загальні; 2) загальнонаукові; 3) міждисциплінарні; 4) спеціальні.

Загальні методи пізнання властиві кожній людині. Це спостереження, порівняння, рахування, узагальнення, дескрипція, опис [21, с. 10].

Загальнонаукові методи – це вищий філософський рівень, який надає можливість здійснити логічну й моральну оцінку явищ як на макро-, так і на мікрорівні, з'ясувати акультурацію в праві через призму синергетичного підходу.

До загальнонаукових методів треба віднести такі: діалектика, формальна логіка, гносеологічний системний аналіз, що використовується не тільки в науковому пізнанні, а й у практичній діяльності.

Діалектичний метод аналізу акультураційних процесів передбачає об'єктивний, всебічний і конкретний розгляд явищ акультурації, виявлення притаманних їм зв'язків, наявність у них суперечностей, оцінку з якісного й кількісного боку, виявлення залежності форми явища від його сутності.

Сюди також треба віднести основні закони діалектики: а) закон єдності й боротьби протилежностей; б) закон переходу кількісних змін у якісні; в) закон заперечення заперечення.

Щодо акультураційних процесів перший закон спрацьовує тоді, коли йдеться про інтеграційні процеси в національній правовій системі України. Акультураційні процеси Західної України більш орієнтовані на правову комунікацію із Заходом, а Східна Україна цю зону комунікації підтримує менше. У цьому проявляється діалектичний «закон єдності й боротьби протилежностей». Що стосується «закону переходу кількісних змін у якіс-

ні», то він спрацьовує в акультураційних процесах, що стосуються впорядкування суспільних відносин, проведення великої кількості правових реформ, виконання зобов'язань перед членами Європейського Союзу і т. д.

«Закон заперечення заперечення» спрацьовує тоді, коли існують невигідні для держави-реципієнта умови, які нею не сприймаються. Наприклад, невигідні для правової системи умови входження в Європейський Союз і т. д.

Прийоми пізнання, зокрема аналіз і синтез, абстракція та сходження від абстрактного до конкретного, також застосовуються в компаративістиці. Аналіз є прийомом пізнання за допомогою розмежування предмета дослідження на складові елементи. Синтез – це поєднання окремих частин предмета в єдине ціле. Наприклад, для аналізу акультураційних процесів, а саме аналізу такого явища, як національне право чи правова реальність, ми спочатку виділяємо в ній та окремо вивчаємо правові норми, правові відносини, правову свідомість, правомірну поведінку, а потім їх синтезуємо в категорії правопорядку.

Доцільно звернути увагу на системний метод (метод системного аналізу), який застосовують під час вивчення складних проблем. Системний аналіз стосується утворення, розвитку, функціонування, синтезу державно-правових явищ, а також їхнього взаємозв'язку з іншими соціальними явищами [21, с. 12]. Отже, стосовно акультурацій них процесів це надзвичайно важливий метод пізнання.

Розглянемо докладніше міждисциплінарні методи, що застосовуються для вивчення акультураційних процесів.

1. Культурологічний метод припускає вивчення права як невід'ємної частини соціального регулювання, що базується на моральних принципах, етиці, релігії тощо.

Сьогодні розповсюдженими напрямами в порівняльно-правовій науці є культурологічний і соціологічний підходи [22, с. 10–19].

Д.В. Дождєв зазначає, що науковий аналіз можливий з однієї із двох позицій: 1) залучення зовнішнього обґрунтування з іншої науки чи 2) розробка матеріалу з позиції предмета вивчення.

У першому випадку утворюється етичний, естетичний, релігійний, політичний, економічний, соціологічний, культурний, герменевтичний, семіотичний, кібернетичний чи синергетичний портрет права, у другому матеріал структурується відповідно до принципу права [22, с. 23].

Культурологічний підхід у процесі дослідження акультурації є надзвичайно важливим, тому що в результаті взаємодії правових культур функціонують правові ідеї, привнесені в національну культуру ззовні.

Щодо цього В.А. Слищенков у науковій статті «Методи порівняльного правознавства: зауваження про культурологічний підхід до порівняльного правознавства» зазначає, що культурологічний підхід є орієнтованим критерієм порівняння (tertium comparationis). У процесі порівняння дослідники орієнтовані на розуміння й пояснення права у визначеному правовому контексті. На основі культурологічних факторів ми можемо з'ясувати, чи підходить право тієї чи іншої країни нам [23, с. 25–36].

Сучасний філософ права С.І. Максимов щодо акультурації в контексті прав людини зазначає, що в процесі глобалізації в обговоренні проблеми прав людини найважливішою стає проблема співвідношення універсального та культурно різноманітного в їх змісті та здійсненні. Здавалося б, що наслідками глобалізації, насамперед економічної, мала б бути уніфікація всіх процесів у світі, включаючи правові й культурні. Проте певною реакцією на процеси уніфікації стала особлива увага до збереження культурного різноманіття [24, с. 134].

Мультикультурний діалог може також полегшити універсальний дискурс без підриву культурної різноманітності. Політика культурної ідентичності на підставі відвічних зв'язків має бути визнана у всіх міжнародних діалогах [24, с. 140].

Безперечно, у процесі акультурації відбувається діалог між універсальністю та традиційністю, і цей діалог не знищує й не руйнує традиційності.

2. Соціологічний метод полягає в дослідженні права на базі конкретних соціальних фактів [23, с. 26]. Цей метод активно застосовується також для аналізу акультураційних процесів.

Соціологічні висновки повинні стати основою для аналізу ефективності норм, інститутів і нормативно-правових актів.

На основі соціологічного методу в юриспруденції формується соціологія права. Ефективність юридичних норм як регулятора суспільних відносин залежить не тільки від ступеня їх досконалості, скільки від правових і соціальних явищ і процесів, аналізу стану суспільних відносин. Варто з'ясувати соціальну обумовленість права, його соціальну сутність і взаємозв'язок з іншими соціальними явищами та процесами [25, с. 17]. Соціологія права вивчає дію права, його ефективність, а також фактори, що їх обумовлюють. Що стосується акультураційних процесів, то соціологія права виконує тут таку функцію: а) вивчає соціальну обумовленість права, його інститутів і норм, закономірності впливу на право всієї системи матеріальних і духовних факторів; б) механізм дії права в суспільстві, закономірності впливу права та правозастосовної практики на різні аспекти соціального життя; в) ефективність дії права, його інститутів і норм у регулюванні поведінки людей [26, с. 13–14].

На нашу думку, процесу акультурації передує соціологічна оцінка певного явища, аналіз соціального сприйняття соціумом. Наприклад, інститут шлюбного договору (контракту) в українському суспільстві підтримує один відсоток населення, тому акультурація норм відбувається з огляду на традиції.

Також соціологія вказує на соціальну та громадянську ідентичність народів, вибір тієї чи іншої моделі політичної системи, проблему правових реформ; вона визначає ефективність фінансового законодавства і т. д. [27].

Вітчизняний філософ і соціолог В.А. Бачинін вказує, що соціологія дає можливість з'ясувати ментальні особливості людини, соціологічні знання, соціологічний розум і рефлексію, соціологічну інтуїцію, соціологічне уявлення, соціологічний здоровий глузд і т. д. [28, с. 40–46]. Це надзвичайно

актуально в контексті акультурації, оскільки будь-яка норма обумовлює культуру та традиції, певні ментальні особливості й культурологічні закономірності.

3. Статистичний метод застосовується для кількісної характеристики предмета дослідження, наприклад, у процесі аналізу відомостей про кількість правопорушень, питому вагу злочинів тощо.

4. Конкретно-історичний метод допомагає вивчити специфіку конкретного державно-правового явища, прослідкувати динаміку його розвитку. У порівняльному правознавстві цей метод базується на гносеологічному критерії *(епістемологічному чи когнітивному)*.

Акультураційний процес вимагає глибокого аналізу історичних передумов формування тих чи інших міждержавних об'єднань із точки зору історизму, спадковості в праві, а також виникнення тих чи інших правових норм.

Як зазначає вітчизняний компаративіст М.А. Дамірлі, в епістемологічному плані науковий статус порівняльного правознавства буде доведений: по-перше, буде встановлено, що вказана вище галузь для свого дослідження вимагає спеціальної науки (концептуальна необхідність); по-друге, буде виявлено наявність особливої установки чи ракурсу розгляду; по-третє, буде доведено, що порівняльне правознавство – це пізнання, що безпосередньо націлене на досягнення нових наукових знань чи знань, спрямованих на подальше пізнання й перетворення знань. Епістемологічним критерієм пізнання є «мисленнєвий зв'язок». Вихідною епістемологічною передумовою спеціального порівняльного вивчення правової реальності є наявність відносин подібності й розбіжності (загальне, окреме й особливе), які можуть бути виявлені й пізнані належним чином лише через порівняння [30, с. 13–14].

У процесі акультурації конкретно-історичний метод дає можливість прослідкувати розвиток того чи іншого правового інституту, якого вимагає держава-реципієнт.

Доцільно згадати також про методи «спеціальні» – методи, під якими розуміють сукупність принципів, прийомів, правил, способів і засобів дослідження конкретних об'єктів (явищ, предметів, фактів). До них належать такі: спеціально-юридичний, теоретико-юридичний, конкретно-соціологічний, юридико-технічний, герменевтично-правовий, інструментально-правовий, метод теоретико-правового моделювання, теоретико-правового прогнозування, юридичної психології, а також низка методів суспільних і природничих наук.

Як зазначає В.М. Сирих, до конкретно-правових (чи приватно-правових) наукових методів відносять прийоми тлумачення права й порівняльно-правовий метод [31, с. 360].

А.Х. Саїдов відзначає, що характер та особливості порівняльно-правового методу розкриваються під час висвітлення, по-перше, його співвідношення із загальнонауковими методами; по-друге, його місця та значення в системі конкретно-наукових методів. Загальнонаукові методи дозволяють розкрити єдність і багатоманітність становлення й існування різних пра-

вових систем, фіксуючи їх загальні закономірності, тенденції розвитку. Співвідношення загальнонаукових і приватно-наукових (конкретно-наукових) методів існує у формі взаємопроникнення. Загальнонаукові методи певним чином збагачують і підвищують ефективність приватно-наукових [32, с. 42–43].

Особливо взаємодія загальнонаукових і конкретно-наукових методів сприяє аналізу акультураційних процесів, зокрема стосовно використання правових культур і правових конструкцій інших країн державою-реципієнтом. Актуалізується ця проблема в процесі проведення правових реформ і правильного розуміння сутності норм держав-реципієнтів, їх оцінки з точки зору онтології, моралі, етики, культури, ментальності.

На нашу думку, методологія дослідження акультураційних процесів повинна базуватися на використанні всього методологічного інструментарію: філософських підходів, суспільно-правових, загальних, міждисциплінарних, а також спеціальних (конкретно-наукових чи приватно-наукових і спеціально-наукових) методів.

У цьому випадку, коли застосовуємо методологію для дослідження акультураційних процесів, треба враховувати правильне онтологічне бачення. Дослідник повинен застосовувати відповідні принципи: онтологічні, аксіологічні, гносеологічні (епістемологічні), історичної об'єктивності, врахування національної самобутності, ментальних особливостей, принцип методологічного плюралізму, принцип єдності історичного й логічного, принцип нелінійності й синергетичності тощо.

У методології науки вирізняють метафізичну інтуїцію, філософський розум, теоретичне мислення [33].

Варто погодитися з професором С.С. Сливкою, що під методологією науки треба розуміти процес, що ґрунтується на антропних пізнавальних можливостях людини, її філософському мисленні, світоглядній інтерпретації підходів інших дослідників. Ідеться не лише про знання, а й про індивідуальні рефлексивні проекти, плани, моделі, певні принципи, установки, сформовані в процесі життя, інтегративний досвід [33, с. 12].

У контексті дослідження акультурації права науковцям-компаративістам варто застосовувати аксіоми методології:

а) порівняльне правознавство в процесі акультурації вимагає діалектичного підходу до вивчення правових систем (у кожній правовій системі є свої позитивні й негативні аспекти, будь-яку правову систему можна вдосконалювати на основі досвіду інших правових систем);

б) порівняння правових систем вимагає інтелектуальної об'єктивності, тут не може бути релігійних чи культових пересторог, що суперечить тим чи іншим правовим системам, їх треба оцінювати як належне й використовувати все краще;

в) право є вираженням історії, психіки, психології, традицій і культури кожного народу (відтак немає й не може бути ідентичних правових систем);

г) незважаючи на історичні розбіжності правових систем, іде процес їх зближення та взаємопроникнення;

д) порівняльне правознавство заохочує та схвалює запозичення ідей однієї правової системи іншою, проте такі запозичення потребують ґрунтовного аналізу з погляду культурної логічності;

е) мета порівняльного аналізу правових систем – зрозуміти історичні передумови формування кожної з них (у порівняльному правознавстві немає поділу національних правових систем на «погані» та «хороші») [34, с. 1; 37].

Вказані положення є основою не тільки для аналізу правової системи, а й соціальної, причому з огляду на культурологічні аспекти. Адже, на думку французького дослідника П. Легранда, «кожне право є унікальним духовним витвором. <...> Мовою сучасної медицини можна сказати, що в кожній правовій системі є свій унікальний і неповторний ДНК, і відповідно, немає й не може бути ідентичних національних правових систем у світі» [35, с. 60].

Висновки. Дослідження акультурації в порівняльному правознавстві вимагає застосування всього методологічного інструментарію, починаючи від загальнофілософських і закінчуючи спеціально-науковими методами.

Особливу увагу варто звернути на міждисциплінарні підходи, які дають можливість розкрити нові закономірності під час дослідження акультурованих державно-правових явищ.

Література

1. Новая философская энциклопедия : в 4 т. / предс. научно-ред. совета В.С. Степина ; Ин-т философии РАН ; Нац. обществ.-науч. фонд. – М. : Мысль, 2000–2001. – Т. 2 : Е – М. – 2001. – 634 с.
2. Попковская П.Я. Методология научных исследований : [курс лекций] / П.Я. Попковская. – 2-е изд. – М. : Информпресс, 2006. – 184 с.
3. Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права / Д.А. Керимов. – 4-е изд. – М. : Изд-во СГУ, 2008. – 521 с.
4. Скакун О.Ф. Принцип единства логического и исторического методов в сравнительном правоведении : [открытая лекция] / О.Ф. Скакун ; за ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресина ; Ин-т государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины. – К. ; Симферополь : Логос, 2007. – Вып. 5. – 31 с.
5. Кельман М.С. Юридична наука: проблеми методології : [монографія] / М.С. Кельман. – Тернопіль : ТзОВ «Терно-Граф», 2011. – 492 с.
6. Тойнби А.Дж. Постижение истории / А.Дж. Тойнби. – пер. с англ. – М. : Прогресс, 1991. – 736 с.
7. Проблемы общей теории права и государства : [учебник] / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. – 832 с.
8. Лисенко О.К. Методи порівняльного правознавства / О.К. Лисенко // Порівняльне правознавство. – 2013. – № 1–2. – С. 182–189.
9. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функция, проблемы философии права) : [монография] / Д.А. Керимов. – 2-е изд. – М. : Аванта+, 2001. – 560 с.
10. Доржев Ж.Б. О синергетическом подходе в сравнительно-правовых исследованиях / Ж.Б. Доржев // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. наук. праць / за ред. Ю.С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І.С. Гриценка ; упор. О.В. Кресін. – К. : Логос, 2009. – С. 61–65.
11. Сырых В.М. Метод правовой науки (основные элементы, структура) / В.М. Сырых. – М. : Юридическая литература, 1980. – 175 с.
12. Козюбра М.І. Методологія права: концептуальні підходи / М.І. Козюбра // Проблеми методології сучасного правознавства : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м.

Київ, 9–10 жовтня 1996 р.). – К. : Укр. правнича фундація, 1996. – С. 23–25.
13. Дамирлин М.А. Право и история: эпистемологические проблемы / М.А. Дамирлин. – СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2002. – 456 с.
14. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : [навчальний посібник] / П.М. Рабінович. – К. : Атіка, 2001. – 176 с.
15. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функция, проблемы философии права) / Д.А. Керимов. – М. : Мысль, 2001. – 630 с.
16. Лешкевич Т.Г. Философия науки: традиции и новации : [учебное пособие для вузов] / Т.Г. Лешкевич. – М. : Приор, 2001. – 430 с.
17. Рабінович П.М. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи / П.М. Рабінович // Методологічні проблеми правової науки : матер. міжнар. наук. конф. (м. Харків, 13–14 грудня 2002 р.) / упорядн. : М.І. Панов, Ю.М. Грошевий. – Х. : Право, 2002. – С. 15–25.
18. Кресін О.В. Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології : [монографія] / [О.В. Кресін та ін.] ; за ред. Ю.С. Шешученка. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. – 256 с.
19. Ткаченко В.Д. Порівняльне правознавство : [підручник] / [В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов] ; за ред. В.Д. Ткаченка. – Х. : Право, 2003. – 274 с.
20. Сырых В.М. Логические основания общей теории права : в 2 т. / В.М. Сырых. – М. : Юстицинформ, 2000– . – Т. 1. – 2000. – 528 с.
21. Крестовська Н.М. Теорія держави і права: елементарний курс / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвєєва. – вид. 3-є. – Х. : Одіссей, 2012. – 432 с.
22. Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы / Д.В. Дождев // Российский ежегодник сравнительного права / под ред. Д.В. Дождев. – СПб. : Питер, 2007. – С. 7–28.
23. Слыщенков В.А. Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному правоведению / В.А. Слыщенков ; под ред. Д.В. Дождева // Ежегодник сравнительного права. – М. : Статут, 2011. – 327 с.
24. Максимов С.І. Філософія права: сучасні інтерпретації (вибрані праці) / С.І. Максимов. – Х. : Право, 2010. – 336 с.
25. Глазырин В.В. Социология права : [учебное пособие] / [В.В. Глазырин, Ю.И. Гревцов, В.В. Зенков и др.] ; под ред. В.М. Сырых. – М. : Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – 480 с.
26. Гревцов Ю.И. Социология права : [курс лекций] / Ю.И. Гревцов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 312 с.
27. Шереги Ф.Э. Социология права: прикладные исследования / Ф.Э. Шереги. – СПб. : Алетей, 2002. – 447 с.
28. Бачинин В.А. Социология. Академический курс / В.А. Бачинин. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 871 с.
29. Новая философская энциклопедия : в 4 т. / предс. научно-ред. совета В.С. Степина ; Ин-т философии РАН ; Нац. обществ.-науч. фонд. – 2-е изд., испр. и допол. – М. : Мысль, 2010– . – Т. 4 : Т – Я. – 2010. – 736 с.
30. Дамирли М.А. Сравнительное правоведение в поисках собственной идентичности : [открытая лекция] / М.А. Дамирли. – К. ; Львов : ЗУКЦ, 2012. – Вып. 28. – 24 с.
31. Сырых В.М. Логические оснований общей теории права : в 2 т. / В.М. Сырых. – М. : Юстицинформ, 2000– . – Т. 1. – 2000. – 528 с.
32. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : [учебник] / А.Х. Саидов ; отв. ред. В.А. Туманова. – 2-е изд., доп. и перераб. – М. : Юристъ, 2000. – 448 с.
33. Сливка С.С. Філософія права : [навчальний посібник] / С.С. Сливка. – Львів : ЛьвДУВС, 2010. – 264 с.
34. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и Особенная части : [учебно-практическое пособие] / К. Осакве. – М. : Дело, 2000. – 256 с.
35. Осакве К. Размышления о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы / К. Осакве // Зарубежное законодательство и сравнительное правоведение. – 2006. – № 3. – С. 54–71.

Анотація

Ситар І. М. **Методологія порівняльного правознавства в контексті акультураційних процесів (структурний і системний аналіз).** – Стаття.

Розглянуто проблему розуміння методології порівняльного правознавства в контексті акультураційних процесів. Зазначено, що для аналізу й ефективного досягнення мети акультураційного процесу варто застосовувати весь методологічний інструментарій порівняльного правознавства, а також здійснити юридизацію загальнофілософської методології в сучасному підході до дослідження акультурації в праві.

Ключові слова: методологія права, методологія порівняльного правознавства, методологія акультураційних процесів, юридизація методології порівняльного правознавства.

Аннотация

Ситар И. М. **Методология сравнительного правоведения в контексте аккультурационных процессов (структурный и системный анализ).** – Статья.

Рассмотрена проблема понимания методологии сравнительного правоведения в контексте аккультурационных процессов. Отмечено, что для анализа и эффективного достижения целей аккультурационного процесса следует применить весь методологический инструментарий сравнительного правоведения, а также осуществить юридизацию общефилософской методологии в современном подходе к исследованию аккультурации в праве.

Ключевые слова: методология права, методология сравнительного правоведения, методология аккультурационных процессов, юридизация методологии сравнительного правоведения.

Summary

Sitar I. M. **Methodology of comparative law in the context of acculturation processes (structural and system analysis).** – Article.

The problem of understanding the methodology of comparative law in the context of acculturation processes is considered. It is noted that analysis and effectuation in acculturation processes require the use of all comparative law methodological tools and juridisation of general philosophical methodology in the modern approach to the study of acculturation in law.

Key words: methodology of law, comparative law methodology, methodology of acculturation processes, juridisation of comparative law methodology.

НАШІ АВТОРИ

Аленін Ю.П., завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Андреєв Д.В., заступник директора Київського інституту Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент

Аніщук Н.В., професор кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Аракелян М.Р., завідувач кафедри історії держави і права, перший проректор, проректор з навчально-методичної роботи, віце-президент Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України

Армаш Н.О., завідувач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права, Класичний приватний університет, доктор юридичних наук, доцент

Бобрик В.І., завідувач наукового відділу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук

Братель С.Г., начальник кафедри адміністративної діяльності Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Вишняков О.К., завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Волошина В.К., доцент кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Гловюк І.В., докторант кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Голубєва Н.Ю., професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент

Добробог Л.М., начальник докторантури та ад'юнктури (аспірантури) Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат історичних наук, доцент

Дорохіна Ю.А., доцент кафедри комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету, кандидат юридичних наук

Дрозд О.Ю., доцент кафедри адміністративної діяльності Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Завальнюк В.В., ректор, перший віце-президент, Національного університету «Одеська юридична академія», заслужений юрист України, кандидат юридичних наук, професор

Задорожній О.В., завідувач кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, професор

Каракаш І.І., завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Квасніцька О.О., доцент кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Ківалов С.В., президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений юрист України

Комісаров О.Г., начальник кафедри тактико-спеціальної підготовки Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, доцент

Латковська Т.А., професор кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Лошицький М.В., т.в.о. ректора Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, доцент

Ляшук Р.М., докторант Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького, кандидат юридичних наук

Марченко О.В., докторант Міжрегіональної Академії управління персоналом, кандидат юридичних наук

Матвєєва Л.Г., начальник кафедри теорії та історії держави і права Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент, полковник міліції

Мішина Н.В., професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Овчиннікова А.П., професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор мистецтвознавства, професор

Орловська Н.А., професор кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Міжнародного гуманітарного університету, доктор юридичних наук, доцент

Пацурія Н.Б., доцент кафедри господарського права, юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, доцент

Перепелиця М.М., професор кафедри оперативно-розшукової діяльності Навчально-наукового інституту підготовки фахівців для підрозділів кримінальної міліції Харківського національного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Подобний О.О., професор кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент

Подорожна Т.С., доцент кафедри економічної теорії і права Подільського державного аграрно-технічного університету, докторант Інституту держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України, кандидат юридичних наук, доцент

Подцерковний О.П., завідувач кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Прокоф'єва-Янчиленко Д.М., здобувач наукового ступеня доктора юридичних наук, професор спецкафедри № 4 Національної Академії СБ України, помічник начальника Головного управління по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю СБ України (з оперативних питань), кандидат юридичних наук

Рядінська В.О., докторант Державного науково-дослідного інституту МВС України, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

Ситар І.М., докторант кафедри теорії держави і права Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Словська І.Є., помічник-консультант Народного депутата України Апарату Верховної Ради України, доктор юридичних наук, доцент

Сокуренко В.В., проректор Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Тіщенко В.В., завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Ульянова Г.О., доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Федотов О.П., доцент кафедри морського та митного права, докторант кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Харитонов Є.О., завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Харитонова О.І., завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Чанишев Р.І., доцент кафедри правової інформатики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Чанишева Г.І., декан соціально-правового факультету, завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Чернєй В.В., ректор Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, доцент

Юдін З.М., доцент кафедри теорії держави і права, докторант Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Яновицька Г.Б., завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

ЗМІСТ

Ківалов С. В.
Сутність та особливості досудового врегулювання адміністративно-правових спорів 5

Завальнюк В. В.
Правовий менталітет як підгрунтя антропологізації права 19

Чернєй В. В.
Проблеми взаємодії правоохоронних органів з іншими суб'єктами запобігання злочинам на ринку небанківських фінансових послуг 26

Аракелян М. Р.
Дослідження правозахисної діяльності інституту адвокатури: історичний підхід 34

Задорожній О. В.
Міжнародно-правовий принцип непорушності кордонів у Європі та агресія Російської Федерації проти України 42

Лошицький М. В., Дрозд О. Ю.
Рішення Європейського суду з прав людини як перспектива боротьби з адміністративними корупційними правопорушеннями 70

Аленін Ю. П., Волошина В. К.
Поняття та система принципів кримінального провадження 78

Тіщенко В. В.
Щодо шляхів оптимізації розробки методик розслідування злочинів 90

Подцерковний О. П.
Проблеми відповідальності фінансової установи за договором банківського рахунку (на прикладі обігу банківських металів) 97

Харитонов Є. О.
Громадянське суспільство та приватне право: питання кореляції 106

Вишняков О. К.
Наднаціональність як правовий феномен 119

Чанишева Г. І., Чанишев Н. І.
Поняття, види та юридична природа права на інформацію сторін трудового договору 125

Голубєва Н. Ю.
Поняття та значення зобов'язального права України 134

Харитонова О. І., Ульянова Г. О.
Поняття й особливості академічного плагіату 146

Комісаров О. Г.
Проблеми та перспективи запровадження національної політики розвитку інформаційного суспільства 154

Словська І. Є.
Український конституціоналізм: сутнісна та структурна характеристика 164

Сокуренко В. В.
Законодавчі основи публічного адміністрування сфери оборони в Україні 173

Каракаш І. І.
Право власності на природні об'єкти та їх ресурси у виключній формі: історико-юридичний аспект 183

Латковская Т. А.
Проблемы концептуализации методологических подходов в науке финансового права 195

Овчинникова А. П.
Гармонизация культур и диалектический характер диалога 203

Братель С. Г.
Класифікація адміністративних процедур 214

Подобний О. О.
Негласні форми розслідування в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному провадженні 221

Мішина Н. В.
Сучасні процеси децентралізації виконавчої влади та реформування місцевого самоврядування в Україні 228

Матвєєва Л. Г.
Наступність права як загальнотеоретична категорія в дослідженні транзитивності права 234

Пацурія Н. Б.
Проблеми та перспективи запровадження медичного страхування учасників бойових дій як елемента військово-медичної доктрини 244

Орловська Н. А.
Судовий прецедент як джерело кримінального права України 254

Аніщук Н. В.
Жінки в адвокатурі Великобританії: історія і сучасність 263

Андреєв Д. В.
Транзактність соціально-правових комунікацій влади та суспільства: від свободи слова до державного диктату над ЗМІ 275

Яновицька Г. Б.
Права споживача в разі укладення договору на відстані 284

Армаш Н. О.
До питання про функціональне призначення державних політичних діячів 293

Гловюк І. В.
Законне затримання та затримання
уповноваженою службовою особою: питання теорії та практики 299

Квасніцька О. О.
Господарсько-правова природа договору про пайову участь у розвиток
інфраструктури населеного пункту 312

Федотов О. П.
Концепція реалізації державної митної справи в концептуальних документах 323

Юдін З. М.
Антропологічні й аксіологічні детермінанти правового контрактивізму 332

Бобрик В. І.
Теоретико-правові основи процесуальної оптимізації цивілістичного судочинства .. 341

Перепелиця М. М.
Оперативно-розшукова протидія серійним
убивствам, вчинюваним сексуальними маніяками 347

Подорожна Т. С.
Конституція як структурний елемент
правової системи в матеріальному та формальному значеннях 355

Добробог Л. М.
Інкорпорація та консолідація законодавства
як форми його систематизації 365

Дорохіна Ю. А.
Особливості визначення правової природи
безготівкових грошей як предмета злочинів проти власності 371

Ляшук Р. М.
Нормативно-правове забезпечення оптимізації
штатної чисельності персоналу відділів прикордонної служби 382

Марченко О. В.
Поняття та ознаки механізму адміністративно-правового забезпечення
рекламних послуг 389

Прокоф'єва-Янчиленко Д. М.
Кримінологічна безпека як інтегративна складова національної безпеки України .. 395

Рядінська В. О.
Перспективи запровадження амністії капіталів в Україні з урахуванням
зарубіжного досвіду (частина перша) 402

Ситар І. М.
Методологія порівняльного правознавства в контексті акультураційних процесів
(структурний і системний аналіз) 411

Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XIV / редкол.: М.В. Афанасьєва (голов. ред.) [та ін.]. – Одеса : Юридична література, 2014. – 430 с.

Укр. та рос. мовами.

ISSN 2307-3427

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також відомих правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Національного університету «Одеська юридична академія»

Том XIV

Українською та російською мовами

Редактор-коректор *А. Новікова*
Технічний редактор *Н. Кузнєцова*

Підписано до друку 22.09.2014. Формат 70х100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 49,99.
Тираж 100 прим. Вид. № 74. Зам. № 0809-15

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел. (048) 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.